

ESTUDIO PARA LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL PATRIMONIO INMATERIAL EN COLOMBIA



MARTA MARÍA PELÁEZ GAVIRIA

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLÍN
2007**

ESTUDIO PARA LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL PATRIMONIO INMATERIAL EN COLOMBIA



MARTA MARÍA PELÁEZ GAVIRIA

MONOGRAFÍA PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE ABOGADA

**ASESOR
JUAN LUÍS MEJÍA ARANGO
ABOGADO**

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLÍN
2007**

*A mis padres, a mi hermano y a mi tía
Martha María.
¡GRACIAS!*

AGRADECIMIENTOS

Este trabajo de grado no se hubiera realizado sin la colaboración y el apoyo de muchas personas que creyeron en la importancia de este tema para el derecho. Por ello agradezco al Doctor Juan Luís Mejía Arango, por creer en mis capacidades para desarrollar esta tesis, del cual usted es, la parte más importante del mismo, gracias por proponerme este tema como tesis de grado, pero sobre todo, gracias por su paciencia

A José Toro por su apoyo incondicional en cada una de las etapas y en cada una de las dificultades.

A Carolina Martínez por su interés en el tema y por conseguirme información acerca del mismo.

A mi familia, porque no solo me apoyaron sino que trabajaron en conjunto conmigo.

A Nora Espinal y a Esteban Orduz, por estar pendientes de la tesis y por que muchas veces me ayudaron con sus orientaciones.

A Constanza Toro, también GRACIAS por su apoyo incondicional.

A Dorita por aguantarme cada vez que iba a la Oficina a pedirle una cita.

A toda la gente de la Escuela de Derecho de la Universidad EAFIT, en especial a su Decano el Doctor Hugo Castaño por creer en mí y en la importancia del tema para el derecho.

A la UNESCO por permitirme el uso de algunas fotografías que hacen parte de su archivo fotográfico, por la experiencia que viví en la Pasantía, y por iniciarme en este lindo tema

A Catalina y Clara Mira, también muchas gracias por las fotografías que me permitieron utilizar.

Y a todos los que no fueron mencionados en estas líneas muchas, muchas gracias.

TABLA DE CONTENIDO	Pág.
INTRODUCCIÓN	11.
RESUMEN	15.
ABSTRACT	17.
1. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE PATRIMONIO CULTURAL ENTRE LOS PAÍSES DE LATINOAMÉRICA	20.
1.1. DERECHOS DE AUTOR O PROTECCIÓN INTELECTUAL	21.
1.2 EL ESTADO NACIÓN- DERECHO A LA CULTURA – HOMOGENEIDAD	23.
1.3. DERECHO A LA CULTURA - DIVERSIDAD CULTURAL. UNA LUCHA QUE APENAS COMIENZA	27.
2. LA PROTECCIÓN DE LOS BIENES CULTURALES EN LAS CONVENCIONES DE LA HAYA Y DE LA UNESCO	32.
2.1. CONVENCIÓN SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS BIENES CULTURALES EN CASO DE CONFLICTO ARMADO	32.
2.2 LA UNESCO Y EL PATRIMONIO CULTURAL, DEFINICIONES Y NORMAS	38.
2.3. CONVENCIÓN PARA PROHIBIR E IMPEDIR LA IMPORTACIÓN, LA EXPORTACIÓN Y LA TRANSFERENCIA DE PROPIEDAD ILÍCITAS DE BIENES CULTURALES	40.
2.4. CONVENCIÓN PARA LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO	43.

MUNDIAL CULTURAL Y NATURAL (1972)

2.5. CONVENCIÓN PARA LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO 46.

SUBACUATICO

2.6. CONVENCIÓN PARA LA SALVAGUARDIA DEL PATRIMONIO 49.

CULTURAL INMATERIAL

2.7. CONVENCIÓN PARA LA PROTECCIÓN Y PROMOCIÓN DE LA 56.

DIVERSIDAD DE LAS EXPRESIONES CULTURALES

3. LEGISLACIÓN COLOMBIANA SOBRE PATRIMONIO CULTURAL 63.

3.1. RECUENTO HISTÓRICO DE LAS LEYES SOBRE PATRIMONIO 65.

CULTURAL, ENTRE 1918 Y 1931

3.2. CONFERENCIAS PANAMERICANAS 75.

3.3. LEY 163 DE 1959. "Por la cual se dictan medidas sobre defensa y 80.

conservación del Patrimonio Histórico, Artístico y Monumentos

Públicos de la Nación"; y su Decreto Reglamentario 263 de 1963

3.4. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, 84.

CARTA MAGNA DE 1991

3.5. ANÁLISIS DE LA LEY 397 DE 1997, LEY GENERAL DE 91.

CULTURA

4. EJEMPLOS DE INSTRUMENTOS PARA LA PROTECCIÓN DEL 103.

PATRIMONIO INMATERIAL

4.1. FORMAS DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO 104.

INMATERIAL

4.2. PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. 129.

5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES 206.

5.1. VALORACIÓN DE LA DIVERSIDAD CULTURAL COMO 206.

**REQUISITO PARA EL ÉXITO DE POLÍTICAS Y NORMAS DE
CONSERVACIÓN Y PRESERVACIÓN DEL PATRIMONIO
CULTURAL INMATERIAL**

5.2. PROPUESTAS Y RECOMENDACIONES PARA LA 209.

**LEGISLACIÓN COLOMBIANA EN MATERIA DE POLÍTICAS E
INSTRUMENTOS PARA LA PRESERVACIÓN Y CONSERVACIÓN
DEL PATRIMONIO CULTURAL INMATERIAL**

5.3. OTRAS CONSIDERACIONES Y RECOMENDACIONES 214.

BIBLIOGRAFÍA 217.

ANEXOS

"Los daños ocasionados a los bienes culturales pertenecientes a cualquier pueblo constituyen un menoscabo al patrimonio cultural de toda la humanidad, puesto que cada pueblo aporta su contribución a la cultura mundial".

Preámbulo de la Convención de La Haya de 1954

Anexo A. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL.

Informe de la tercera sesión del Comité Intergubernamental sobre propiedad intelectual y recursos genéticos, conocimientos tradicionales y folclor. Ginebra: OMPI. 2.002.

Anexo B. Ministerio de la Cultura / Instituto de Patrimonio. Procedimiento para la tramitación de Declaratorias ante el IPC.

Anexo C. MARCIA SANT'ANNA Informe sobre el estado de la protección del patrimonio cultural inmaterial en el Brasil Texto recopilado por Marcia Sant'Anna, Directora del Departamento del Patrimonio Inmaterial, Instituto del Patrimonio Histórico y Artístico Nacional (IPHAN) en base al material producido por la institución a partir del año 2000.



"MACHU PICHU" PERÚ © UNESCO/Quito

INTRODUCCIÓN

*"La cultura en sus diversas manifestaciones es
fundamento de la nacionalidad"*

Artículo 70 Constitución Nacional.

Desde hace algún tiempo ha surgido a escala *"mundial"*, una preocupación por proteger y preservar el patrimonio cultural; en un principio todas las convenciones y acuerdos internacionales iban encaminados a la protección de los bienes culturales de **NATURALEZA MATERIAL** pertenecientes al patrimonio cultural de las naciones; con el fin de evitar la exportación, importación y el comercio ilícito de los bienes muebles e impedir el deterioro ó la destrucción del patrimonio de bienes inmuebles. También se han expedido normas para su protección en épocas de guerra o de conflicto armado. Mientras tanto el patrimonio inmaterial estaba totalmente desprotegido posibilitando la desaparición de expresiones y culturas, y en muchos casos de muchas comunidades étnicas y locales. Este poco interés se debía a que en el Mundo se tenía la concepción que cada nación se componía de una sola cultura, (forjando la diferencia entre uno y otro territorio nacional).

A finales del siglo veinte y gracias a los avances tecnológicos, a la globalización, al estudio de expertos en ciencias humanas y a las propias comunidades minoritarias que veían en la globalización una posible desaparición de su cultura y una imposición de otra, se toma una mayor conciencia de la importancia del patrimonio inmaterial y de la diversidad cultural que cada país posee.

Es por esto que en el siglo XX, muchas constituciones pasaron de estar basadas en una cultura homogénea, a Repúblicas con diversidad cultural; y en algunos países, tales como Panamá, Perú, Japón, Francia y Brasil se crearon leyes o se establecieron programas que ayudaron a la regulación, protección y preservación de este tema, siendo, hoy en día, un referente importante para las demás naciones y para los estudiosos del tema. A su vez los países que hacen parte de la UNESCO, en el año de 2003 en París, aprobaron *“la Convención para la salvaguarda del Patrimonio Inmaterial”*.

Desde mi voluntariado en el Museo de Antioquia empecé a interesarme por la cultura. Por esta razón adelanté gestiones para realizar el semestre de práctica en la UNESCO, en la ciudad de Quito – Ecuador. Allí desarrollé un trabajo sobre el patrimonio histórico cultural, comparando la legislación de Colombia y Ecuador con la legislación Española. La idea inicial para la monografía de grado era continuar con dicho trabajo. Sin embargo tuve la oportunidad de conversar con el Doctor Juan Luís Mejía experto en estos temas, quien me sugirió trabajar sobre el patrimonio inmaterial. Es así que vi clara la oportunidad de integrar cultura y derecho con el doble propósito de cumplir con el requisito de grado y avanzar en el conocimiento de un tema, para mí, de especial interés.

Con este Trabajo de Grado se busca conocer, recopilar y analizar la evolución del concepto de Patrimonio cultural, desde las primeras leyes hasta las convenciones internacionales que regulan este patrimonio, para terminar con algunas reflexiones y propuestas sobre el tema.

Con este alcance, la monografía de grado se desarrolla en cinco capítulos, a saber:

Primer capítulo: **EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE PATRIMONIO CULTURAL EN LOS PAÍSES DE LATINOAMÉRICA**, trata sobre la evolución del concepto de patrimonio en Latinoamérica.

Segundo capítulo: **LA PROTECCIÓN DE LOS BIENES CULTURALES EN LAS CONVENCIONES INTERNACIONALES DE LA HAYA Y DE LA UNESCO**, se refiere a lo regulado por estas convenciones desde 1954, sobre el tema del patrimonio cultural, tanto material como inmaterial, su protección en caso de conflicto armado, el control al tráfico ilícito de bienes culturales, el Patrimonio subacuático e Inmaterial y análisis de la Convención para la diversidad cultural.

Tercer capítulo: **LEGISLACIÓN COLOMBIANA SOBRE PATRIMONIO CULTURAL** se elabora un análisis de las leyes creadas en el Siglo XX, y los artículos constitucionales de la Carta Magna de 1991, en los cuales se reconoce la diversidad cultural en Colombia, que de una u otra forma han regulado el patrimonio cultural tanto material como inmaterial.

Capítulo cuarto: **FORMAS DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO INMATERIAL**, se analizan distintas formas tanto legales como instrumentales de protección de los bienes culturales de naturaleza inmaterial, instituidas en otros países, tales como: formas económicas, inventarios y registro, divulgación. Así mismo se analizan el sistema sui generis que busca regular este tema, teniendo como referente el trabajo realizado por el *“Comité Intergubernamental sobre propiedad intelectual y recursos genéticos, conocimientos tradicionales y folclor”* de la OMPI, y como ejemplo el trabajo legislativo realizado por Panamá (Ley 20 de 2000).

En este mismo capítulo se hace un estudio del artículo 8J de la Convención sobre la Biodiversidad, en el que se ilustran los argumentos del Doctor Álvaro Zerda en su libro **PROPIEDAD INTELECTUAL SOBRE EL CONOCIMIENTO VERNÁCULO**, mirando a su vez la normatividad de Perú y Brasil que se ha desprendido de este artículo. Finalmente se analizan las leyes existentes en materia de derechos de autor y propiedad intelectual y como han sido utilizadas por algunos países para la protección del patrimonio inmaterial.

El capítulo quinto: **CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES** contiene algunas reflexiones de la autora producto del análisis de los temas consultados, con las que se pretende contribuir a la creación en Colombia de una legislación cuyo objetivo principal sea la protección del **PATRIMONIO INMATERIAL**.

RESUMEN

Se entiende por “patrimonio cultural inmaterial” los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas -junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes- que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural. Este patrimonio cultural inmaterial, que se transmite de generación en generación, es recreado constantemente por las comunidades y grupos en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia, infundiéndoles un sentimiento de identidad y continuidad y contribuyendo así a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana.

Siendo un tema de gran importancia, hasta hace apenas pocos años, los Acuerdos y las convenciones estaban encaminados solo hacia la protección del patrimonio cultural de naturaleza material, posibilitando la desprotección del patrimonio inmaterial y logrando la desaparición de las expresiones culturales y de las comunidades étnicas y locales, donde estas se originaron. Afortunadamente, desde hace algún tiempo, ha nacido, por parte de algunos países y de la UNESCO, una preocupación para proteger este tipo de Patrimonio.

Esta monografía pretende analizar las regulaciones y protecciones creadas por países como Japón, Brasil, Francia, Perú y Panamá y el estudio de las Convenciones de la UNESCO que han regulado dicho tema, en conjunto con aquellos Acuerdos internacionales que han tratado otros aspectos del patrimonio cultural en general. Así mismo analiza las leyes, normas y artículos de Colombia que han regulado el Patrimonio Cultural, en especial el

Patrimonio inmaterial, o que han tratado algún tema cultural. Todo ello con el propósito de presentar el estado del arte de la regulación del patrimonio inmaterial, como elemento de insumo o referencia para la definición de nuevas regulaciones o medidas que fortalezcan la valoración y conservación de este patrimonio en Colombia. También se formulan algunas recomendaciones que pueden tenerse en cuenta al momento de crear una Ley para la protección y salvaguardia del patrimonio Cultural Inmaterial en dicho país.

ABSTRACT

“The “intangible cultural heritage” means the practices, representations, expressions, knowledge, skills – as well as the instruments, objects, artifacts and cultural spaces associated therewith – that communities, groups and, in some cases, individuals recognize as part of their cultural heritage. This intangible cultural heritage, transmitted from generation to generation, is constantly recreated by communities and groups in response to their environment, their interaction with nature and their history, and provides them with a sense of identity and continuity, thus promoting respect for cultural diversity and human creativity.

Being a subject of such a great importance, just until few years ago, agreements and conventions were focus just toward the protection of cultural tangible natural heritage, allowing the no protection of intangible heritage. Therefore providing the disappearing of cultural expressions and ethnic and local communities where they were originated. Fortunately, since some time ago, a big concern to Project this kind of heritage was risen by different countries and UNESCO.

This Monograph pretends to analyze the regulations and protections created by countries such as Japan, Brazil, France, Peru and Panama and the studies by the UNESCO Conventions which have regulated such a theme, in accordance with those international agreements which have treated other cultural heritage aspects in general. Likewise, it analyzes the Colombian laws, norms and articles which have regulated the Cultural heritage especially the intangible heritage or that have emphasized any cultural theme. All of it with the purpose of presenting the state of art of the new regulations of the intangible heritage as a reference to define new regulations or measurements

to strength the value and conservations of this heritage in Colombian. Other recommendations are also formulated to keep in mind at the time of creating a new law to protect and guarantee the intangible cultural heritage in such a country.



PAPAYALTA ECUADOR © Marta María Peláez Gaviria

1. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE PATRIMONIO CULTURAL ENTRE LOS PAÍSES DE LATINOAMÉRICA¹

"En África, un anciano que muere

Es una biblioteca que desaparece...

Hampaté Bâ.

Para analizar la regulación del Patrimonio Inmaterial en la República de Colombia, lo primero es observar cual ha sido la concepción dentro de la legislación, que esta Nación y los países Latinoamericanos, han sostenido durante muchos años en el tema del derecho cultural, y específicamente en lo referente al Patrimonio Cultural.

Este capítulo está dividido en tres subtemas: Derechos de Autor, Derecho a la Cultura, y Derechos de las Culturas (Diversidad Cultural). En primer lugar, se habla de derechos de Autor, porque fue el primer tema desarrollado en las legislaciones Latinoamericanas; a continuación se estudia el derecho a la cultura, para entender cuales fueron las políticas y el porqué de estas, en la sociedad del siglo XIX hasta casi finales del Siglo XX; y finalmente se analizan los derechos de las culturas, es decir la transición de una sociedad Homogeneizada a una Nación Multicultural.

¹Es importante señalar, que no hay mucha documentación sobre el tema; este primer capítulo, esta basado en: MEJIA ARANGO, Juan Luís. Comentarios Sobre los derechos culturales en América Latina 1ra Edición. En: DIVERSIDAD CULTURAL Y DESAROLLO URBANO. Sao Paulo: Iluminarias 2005. P. 103- 120. **ISBN-10** 8573212233 **ISBN-13** 9788573212235.

1.1. DERECHOS DE AUTOR O PROTECCIÓN INTELECTUAL

Las primeras leyes, creadas a mitad del siglo XIX, en los Países Latinoamericanos, cuyo objetivo principal era legislar sobre un tema cultural, buscaron regular el tema de los Derechos de Autor². Este tema ha sido el más regulado a nivel internacional y el más controvertido por los Doctrinantes y Juristas. Países como Colombia, Chile, Argentina y Perú crearon leyes³ que, a finales del siglo XIX, buscaban la protección de los derechos intelectuales, o como lo conocemos hoy, Derechos de Autor.

Años más tarde, durante los tiempos en que España buscaba alianzas diplomáticas con los Estados Americanos Soberanos, anteriormente sus colonias, se crearon Convenios Bilaterales sobre todo en lo que se refiere al tema de la Propiedad Intelectual.

Algunos países como por ejemplo Colombia, regularon el tema en sus Constituciones. La Constitución de 1886 en su artículo 35 expresaba:

“Será protegida la Propiedad Literaria y Artística, como propiedad transferible, por el tiempo de la vida del autor, y ochenta años más⁴, mediante las formalidades que prescribe la Ley. Ofrécese la misma garantía a los propietarios de obras publicadas en países de lengua española, siempre que la Nación respectiva consigne en su legislación

² La primera regulación sobre el tema de los Derechos de Autor fue la ley llamada Estatuto de de la Reina Ana creada en 1701 en Inglaterra. MEJIA ARANGO, Juan Luís. Comentarios Sobre los derechos culturales en América Latina. En: DIVERSIDAD CULTURAL Y DESAROLLO URBANO 1ra Edición P. Sao Paulo: Iluminarias 2005. 103- 120. ISBN-10 8573212233 ISBN-13 9788573212235.

³ El 24 de Julio de 1834 la República de Chile tramita la Ley de propiedad Literaria y artística. En 1.849, Perú expide la Ley de Propiedad Intelectual. En México y Argentina las primeras leyes que regulan el tema fueron expedidas en 1871 y 1869 respectivamente.

⁴ Artículo 11, Concordado con la Ley 23 de 1982.

el principio de reciprocidad y sin que haya necesidad de celebrar al efecto convenios internacionales”.⁵

Es importante aclarar que la legislación de los derechos de autor es diferente dependiendo de la regulación que cada país haga sobre el tema, pero a su vez, cada nación está circunscrita a los tratados internacionales que lo regulan.

Los Derechos de Autor⁶ se componen por dos categorías que son: Derechos Patrimoniales y Derechos Morales, estos son regulados en Colombia por la Ley 23 de 1983.

- **Derechos Patrimoniales**

Los derechos patrimoniales son derechos económicos, generados cuando el autor y sus herederos disponen de su obra y del derecho a la producción de la misma, es decir, tienen derecho de autorizar a terceros para que dicha expresión artística pueda ser utilizada para la edición, traducción, adaptación en fonogramas o en cine, forjando derechos económicos con una vigencia determinada por cada país. Como se mencionó en párrafos anteriores, en Colombia los derechos sobre la propiedad literaria y artística tienen una vigencia de la vida del autor y ochenta años más.

⁵ En 1991, se crea una nueva constitución en la República de Colombia, y en su artículo 61 señala: *“El Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley;”*. Las leyes que regulan el tema de los Derechos de Autor en Colombia son: La Ley 23 de 1982, la ley 44 de 1993, la cual modifica y adiciona la ley 23 de 1982. y la Ley 603 de 2000 por la cual se modifica el artículo 47 de la ley 222 de 1.995. De la Constitución Nacional de 1991 y de las leyes que regulan el tema nos referiremos más adelante

⁶ Según el Doctor Alberto Sanabria, “El término “propiedad intelectual” ha sido reemplazado por el de “derechos de autor”, término que cobija con mayor amplitud estos derechos no sólo desde el punto de vista patrimonial, sino también moral. SANABRIA, Alberto, Compilador. Introducción a la Ley General de Culturas: Ley 397 de 1997. Santa Fé de Bogotá: Ministerio de Cultura 2000.

- **Derechos Morales de la Propiedad Intelectual**

El Autor y sus herederos tienen derecho a que en toda utilización de la obra y bajo cualquiera de las distintas modalidades ya anteriormente señaladas (Edición, traducción, adaptación en fonogramas o en cine), se identifique al autor de la obra. También tienen la Facultad y el derecho de: 1) Mantener la obra inédita, es decir, que se prohíba su publicación; 2) De oponerse a cualquier modificación o a la práctica de actos que se realicen en dicha obra y que puedan afectarla; 3) También puede retirar o suspender cualquier utilización indebida que sea llevada a cabo por un tercero, aunque exista una previa aceptación. Cabe aclarar que en el último caso, el tercero tiene derecho a una indemnización por los perjuicios ocasionados por dicha suspensión.

Es necesario tener en cuenta que los derechos de autor o propiedad intelectual, han sido la base para la creación de legislaciones posteriores que han regulado temas culturales.

1.2. EL ESTADO NACIÓN- DERECHO A LA CULTURA - HOMOGENEIDAD

Durante el Siglo XIX y hasta la primera mitad del Siglo XX, en Colombia y en Latinoamérica se tenía la concepción de que una nación estaba constituida por una comunidad homogénea, es decir, un país con una identidad nacional; por lo tanto, las leyes estaban basadas en el concepto de hombres libres e iguales dentro de una misma comunidad⁷. Para lograr dicho fin fue necesario

⁷ Solo hasta finales del siglo XX, las constituciones de Latinoamérica comprendieron la importancia de la diversidad señalando que la Nación estaba constituida por un telar construido por miles de hilos de diversas culturas que conviven en un mismo territorio, es decir, que se reconoció por fin la coexistencia

que las políticas culturales utilizadas en ese entonces se buscara alabar y proteger aquellos actos culturales que tenían que ver con las políticas del Estado y ocultar o prohibir aquellas manifestaciones que no estuvieran de acuerdo con dichas políticas. Tal como nos lo explica José Ramón Cossío⁸:

“Este modelo imponía una cultura única dotada de ciertos contenidos, y excluía a los contenidos de otras culturas que fueran adversos al proyecto dominante. Mediante diversos métodos que iba desde la persuasión a la cooptación o hasta la muerte, se logró una progresiva asimilación de los sujetos al punto que se vino a considerar que existía una sociedad homogénea”.

La Historia de España ayuda a entender esta situación⁹:

“Durante la época franquista (1936-1975), el Régimen Dictatorial realizó un esfuerzo de restauración y re-simbolización de todo aquel Patrimonio que sirviera a la hora de naturalizar y justificar el Régimen Fascista. Así, la reinterpretación de la historia y el Incremento, Conservación y Difusión de un Patrimonio Eclesiástico y Medieval fueron los grandes beneficiados de esta época.

de culturas dentro de un mismo estado. La primera constitución Americana en reconocer la diversidad de pueblos en un mismo territorio fue la Constitución de Canadá de 1984, seguida por las Constituciones de: Guatemala (1985), Nicaragua (1987), Brasil (1988), Colombia (1991), México (1992), Paraguay (1992), Perú (1993), Bolivia (1994), Argentina (1994), y Ecuador (Reforma Constitucional 1995).

⁸ COSSIÓ DÍAZ José Ramón. Constitucionalismo y multiculturalismo. En: Isonomía [Publicaciones periódicas]: Revista de teoría y filosofía del derecho. N° 12, abril 2000.

⁹ PELÁEZ GAVIRIA, Marta María. Pasante UNESCO/ Quito 2004. Estudio comparado entre las legislaciones que tratan el Tema del Patrimonio Histórico y Cultural de los países de: España, Ecuador y Colombia. Quito 2004.

De ahí que se ataque a las diferentes regiones y nacionalismos desde la construcción de una Identidad Nacional Centralista, adaptándose el Patrimonio a estos fines. Por ello se concederá especial atención a la Protección, Conservación y Difusión de aquellos elementos Patrimoniales que contribuyan a la “unidad nacional”, (como ejemplos caben destacar la especial atención concedida al Alcázar de Toledo, a documentación referida a la Época Borbónica, Museos Nacionales como el Prado, la Reina Sofía...).

La Dictadura Franquista supuso un grave revés con aquel Patrimonio Tangible e Intangible propio de las minorías culturales, así, (y entre otros aspectos culturales), dialectos en grave peligro de desaparición fueron casi exterminados, (el bable, el leonés, el asturiano y el aragonés entre otros), e idiomas minoritarios relegados al olvido (Éuscara, Catalán y Galego)”.

A finales del siglo XIX y primera mitad del siglo XX se tenía la creencia que para lograr el progreso y el desarrollo en Latinoamérica se debían destruir las comunidades étnicas¹⁰, o por lo menos reducirlos a su mínima expresión, porque se consideraba que las tribus indígenas u otras comunidades étnicas (cultura de los Afro descendientes por ejemplo) eran un estorbo para la civilización, y solo se concebía como sociedad civilizada a toda cultura o comunidad que coincidía con el proyecto político del Estado de ese momento. Irónicamente algunas de estas comunidades subestimadas, son las que le han dado a la Humanidad muchas de las consideradas maravillas del mundo. Sobre este tema Alberto Sanabria señala:

¹⁰ Entendidas como los grupos culturales diferentes a la etnia dominante.

“Las diferencias culturales han Estado en la base de las diferencias sociales, tan odiosas especialmente en nuestro continente. Es innegable que en la tabla de valores, la cultura blanca, euro-centrista y cristiana ha sido puesta durante siglos como el paradigma por excelencia. Las expresiones culturales indígenas, negras y mestizas han sido vistas y tratadas como subalternas, como manifestaciones curiosas que se pueden ofrecer al turista, siempre y cuando se estilicen, o en definitiva, como productos de mal gusto y la chabacanería. “Muchos pensaban, en realidad (y todavía hay quienes lo siguen creyendo), que los pueblos indios no tenían cultura: su lengua era un dialecto, no un verdadero idioma; su religión era paganismo; tenían costumbres pero no cultura”. Estas culturas, desde la visión desarrollista que ha imperado en nuestro Continente, desde la conquista hasta nuestros días se observan como una terca oposición al progreso, como la causa del subdesarrollo”.¹¹

Podemos concluir entonces, que durante este período se tenía la creencia que Colombia - nuestra nación - se diferenciaba de los otros países por su cultura y por su identidad Nacional, ya que para el Estado, la Nación era sinónimo de identidad cultural, es decir, homogenización de la sociedad, a pesar de la evidente diversidad de etnias y culturas.

El problema es que el derecho que debe tener todo ciudadano, de acceder a la cultura, no es solo para llegar al conocimiento de esta, sino, principalmente, para participar en la definición y desarrollo de las políticas que van a regir los derechos culturales de los ciudadanos.

¹¹ BONFIL Guillermo. Los pueblos indios, sus culturas y las políticas culturales. Citado por SANABRIA ACEVEDO, Op. cit., p. 6.

Porque cuando se trata de una democracia participativa y a diferencia de la democracia representativa, el ciudadano y la comunidad en la que está inmerso, tienen el derecho a participar en la formulación y diseño de políticas culturales y los consecuentes planes de acción que les implementen.

Juan Luis Mejía Arango señala¹²:

*“Con el reconocimiento de la diversidad como elemento constitutivo de los Estados, el concepto de derecho a la cultura queda insuficiente para sustentar una política cultural. La diversidad lleva implícitos derechos que debe proteger el Estado y que las comunidades posean los medios para hacerlos efectivos. Son los derechos **DE** la cultura, que son derechos colectivos”¹³.*

1.3. DERECHOS DE LA CULTURA - DIVERSIDAD CULTURAL. UNA LUCHA QUE APENAS COMIENZA

La idea que los Países Latinoamericanos están conformados por una sola cultura, una sola comunidad y una sociedad Homogeneizada en pro de una Identidad Nacional, era difícil de sostener, dada la gran diversidad cultural y étnica de los pueblos latino-americanos. Esto lo podemos observar cuando los estudiosos sobre el tema, (historiadores, sociólogos, y antropólogos), han afirmado mediante sus investigaciones la coexistencia de culturas dentro de un mismo Estado. De otra parte el Multiculturalismo más que un estorbo o limitante del progreso, es un gran potencial de desarrollo de las Naciones.

¹² MEJIA ARANGO, Comentarios sobre los derechos culturales en América Latina, Op.cit., p. 116.

¹³ Negrilla y Mayúscula añadida

El fenómeno de **la globalización** que comenzó a emerger en los años sesenta, que para muchos representa y ha representado la estandarización de la cultura en el Mundo, es tal vez el fenómeno que, por el contrario, ha contribuido a que los grupos culturales, pertenecientes a la minoría de un país, se fortalezcan con el fin de que sus derechos les sean reconocidos y puedan participar en la construcción de las políticas culturales de la Nación y del Mundo.

O como lo expresa claramente Ivonne Donders¹⁴:

“La identidad cultural se vuelve importante cuando está en peligro. Las personas se vuelven conscientes de su identidad cultural en situaciones de conflicto, dominación y subordinación, como, por ejemplo, cuando la cultura de una minoría es ofuscada por una comunidad mayoritaria. Así, procesos históricos internacionales como la colonización y la globalización son factores importantes en el fomento de la identidad cultural. En esos casos, las personas pueden empezar a preocuparse por la preservación de su cultura y buscar protección legal a través de un derecho a la identidad cultural”

Los países Latinoamericanos, o más bien sus constituciones, tienen como columna vertebral, principios como la libertad e igualdad de sus ciudadanos, más que los derechos de las comunidades que conforman la Nación; es decir, están basados en la Declaración Universal de los Derechos civiles de los **INDIVIDUOS**, y no de la **COMUNIDAD** en la que el ciudadano como tal está inmerso.

¹⁴ DONDERS Yvonne. Hacia un derecho a la identidad cultural en la legislación internacional de los derechos humanos. En DIVERSIDAD CULTURAL Y DESAROLLO URBANO., 1ra Edición Sao Paulo: Iluminaras, 2005,p. 122. ISBN-10 8573212233 ISBN-13 9788573212235.

Al no aceptar que las colectividades, son sujetos de derechos y de obligaciones, se está contribuyendo para no dar solución a uno de los problemas más grandes presentados, dentro de los Tratados de Comercio Internacional, en el marco de la Globalización: Es el caso de los derechos de autor de las manifestaciones culturales de las comunidades étnicas y de otros grupos culturales, facilitando así, y tal como lo señala el Catedrático español Jesús Prieto de Pedro:¹⁵, *“La apropiación privada y la usurpación de, por ejemplo, manifestaciones del patrimonio folclórico musical de grupos étnicos”*.

Siendo ésta la realidad Colombiana, una realidad que, aunque actualmente reconoce la diversidad cultural en la Constitución Nacional en su artículo séptimo¹⁶ y en la Ley 397 de 1997, no existe una clara y profunda regulación para el patrimonio Cultural, tanto inmaterial como material, y una reglamentación de los Derechos de Autor de las diversas comunidades étnicas; porque la regulación existente, está orientada a: Primero) proteger al individuo, no a una comunidad étnica, y Segundo) es una regulación similar o concordante con países que no poseen una gran diversidad cultural, es decir, naciones conformadas por una sociedad homogénea, quedando los grupos culturales sin una clara protección y sin que sea posible el reconocimiento de sus Derechos Fundamentales como Comunidad.

¹⁵ PRIETO DE PEDRO. Citado por MEJIA ARANGO, Comentarios Sobre los derechos culturales en América Latina, Op. cit., p. 117.

¹⁶ El Artículo 7 de la Constitución Nacional de la República de Colombia, señala: *“El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”*. Y en su artículo 8 señala, a su vez, que: *“Es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación”*.

Sin embargo vale la pena resaltar el paso dado en la Constitución, como lo señala Alberto Sanabria, citando a Juan Luís Mejía¹⁷:

“De lo singular pasamos a lo plural, de lo homogéneo a lo heterogéneo y esa es la gran dificultad que tiene Colombia en este momento: es construir un país no desde la unidad sino desde la diversidad étnica y cultural y de la pluralidad de visiones sobre sí mismo”.

Es importante entonces desarrollar estos principios constitucionales con una legislación que promueva y proteja el patrimonio inmaterial producto de nuestra diversidad cultural.

¹⁷ SANABRIA ACEVEDO, Op. Cit., p. 18.



"CARNAVAL DE ORURO" © UNESCO/Quito

2. LA PROTECCIÓN DE LOS BIENES CULTURALES EN LAS CONVENCIONES DE LA HAYA Y DE LA UNESCO

"La arquitectura tiene hoy en Colombia inmensa labor de coser, unir, ligar la fragmentación urbana con obras públicas y privadas significativas, abiertas, en las cuales los espacios comunitarios sean apropiados por la población entera sin impedimentos, sin rejas, sin injuria. Solo así la ciudad podrá volver a ser la obra de arte colectiva"

Rogelio Salmona.

En este capítulo se hace un recorrido por las convenciones internacionales que han regulado el tema del Patrimonio Cultural y sus diferentes concepciones sobre los bienes culturales, independientemente si ellas regulan patrimonio material o inmaterial. Este recorrido se inicia con la Convención de La Haya de 1.954 y termina con la convención para la salvaguarda del Patrimonio inmaterial del 2.003, que es el tema de este trabajo de grado, y con la Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales de 2005.

2.1. CONVENCIÓN SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS BIENES CULTURALES EN CASO DE CONFLICTO ARMADO

Las Convenciones de la Haya y de Ginebra, tienen como objetivo principal la protección de la comunidad ante un conflicto armado, limitando los medios y métodos de combate y protegiendo a las víctimas tanto militares como civiles, teniendo como base el principio de la humanización de la guerra, que consiste en que *"En tiempos de guerra, se deben de observar ciertas normas de humanidad, incluso para con el enemigo"*.

La Convención de La Haya y La Convención de Ginebra cumplen finalidades distintas; así podemos observar que la **Convención de Ginebra** tiene como pilar, la protección de víctimas de guerra, sean militares o civiles, tanto en tierra como en el mar, protegiendo a aquellas personas fuera de combate: heridos, enfermos, náufragos, y también a protegidos de guerra.

Por el contrario las Convenciones Internacionales de la Haya y sus protocolos, (importantes para este estudio por incluir disposiciones relativas a la protección de los bienes culturales), regulan los métodos y medios de combate, dirigidas a los oficiales que combaten en el mar, en la tierra y/o en el aire. En otras palabras, la Convención de la Haya limita los medios que pueden utilizarse para la conducción de las operaciones militares y aquellos que se utilizan para “*infligir daño al enemigo*”¹⁸

Entre las convenciones de la Haya se encuentra la Convención de 1954 y sus protocolos de 1954 y de 1999. Importantes para este estudio por proteger patrimonio cultural de la humanidad en caso de un conflicto armado.

2.1.1. PROTOCOLO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS BIENES CULTURALES EN CASO DE CONFLICTO ARMADO (LA HAYA 14 DE MAYO DE 1954)

La Convención de la Haya de 1954 se crea como respuesta a la gran destrucción y expoliación, de bienes culturales en territorios ocupados durante la Segunda Guerra Mundial, tal como lo dice el preámbulo de la Convención, en el cual se considera:

¹⁸ Las Convenciones de la Haya buscan poner restricciones a los medios militares que se usen, prohibiendo el uso de la fuerza que produzca sufrimiento o destrucción masiva excesiva, comparada con el resultado o cumplimiento de los objetivos militares de cada batalla.

*“...los daños ocasionados a los bienes culturales pertenecientes a cualquier pueblo constituyen un menoscabo al patrimonio cultural de toda la humanidad, **puesto que cada pueblo aporta su contribución a la cultura mundial**”¹⁹.*

(...) la conservación del patrimonio cultural presenta una gran importancia para todos los pueblos del mundo y conviene que ese patrimonio tenga una protección internacional”²⁰

- ¿Que es un Bien Cultural?

Un Bien Cultural es aquel bien mueble o inmueble que tenga valor histórico, tales como los monumentos de arquitectura, de arte o de historia, religiosos o seculares, los campos arqueológicos, los grupos de construcciones que, por su conjunto, ofrezcan un gran interés histórico o artístico, las obras de arte, manuscritos, libros y otros objetos de interés histórico, artístico o arqueológico, así como las colecciones científicas y las colecciones importantes de libros, de archivos o de reproducciones de los bienes antes definidos. Igualmente se considera bien cultural aquellos edificios que, aunque no tienen valor histórico por sí mismos, son los lugares donde se guardan los bienes culturales, tales como los museos, las grandes

¹⁹ Negrilla añadida

²⁰ Preámbulo y artículos 18 ***Aplicación de la Convención*** y 19 ***Conflictos de carácter no internacional***. Convención sobre la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado, La Haya: UNESCO 14 de mayo de 1954.

bibliotecas, los depósitos de archivos y los refugios destinados a proteger, en caso de conflicto armado, los bienes culturales muebles.

Siendo obligación de los Estados Partes preservar los bienes culturales en un conflicto armado y aminorar los daños causados al patrimonio cultural en una Guerra o en conflicto, creando las condiciones necesarias para salvaguardarlo.

Los Estados también tienen el deber de preparar la protección del patrimonio en tiempos de paz contra los efectos previsibles de un conflicto armado; adoptando las disposiciones requeridas para salvaguardar el Patrimonio Cultural de la humanidad y creando las condiciones necesarias para su preservación en tiempos de guerra. (Convención de la Haya de 1954, artículos 3° y 4°²¹)

2.1.2. SEGUNDO PROTOCOLO DE LA CONVENCIÓN DE LA HAYA DE 1954 PARA LA PROTECCIÓN DE LOS BIENES CULTURALES EN CASO DE CONFLICTO ARMADO.

Los actos de barbarie que destruyeron y afectaron los bienes culturales entre los años 1980 y 1990, pusieron en evidencia ciertas fallas, mostrando debilidades y fracasos en la eficacia de la Convención de 1954 de La Haya²².

²¹ Artículos 3° y 4°, Convención sobre la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado, La Haya: UNESCO, 1954.

²² “Desde fines del siglo XIX, en el derecho internacional de los conflictos armados se incorporaron normas específicas destinadas a proteger los bienes culturales, entre las que cabe mencionar los artículos 27 y 56 de los Reglamentos de La Haya de 1899 y de 1907 [3]; el artículo 5 del IX Convenio de La Haya de 1907 [4], y el Pacto Roerich [5], adoptado en 1935 en el marco de la Unión Panamericana. Sin embargo, el conjunto de normas más importante en la materia es el sistema de la Convención de La Haya de 1954, cuyo quincuagésimo aniversario se celebra este año. Se trata de una serie de instrumentos adoptados en La Haya el 14 de mayo de 1954 por una Conferencia Intergubernamental sobre la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, que

En 1999 entra en vigor el segundo protocolo de la convención de la Haya de 1954, este no reemplaza el primer Protocolo, por el contrario, crea normas que lo complementan buscando una mayor protección de los bienes culturales ante un conflicto armado y una mejor forma de conducir las hostilidades para que estas no los afecten.

Implantando una nueva categoría de protección reforzada para los bienes culturales que revistan especial importancia para la humanidad, obligando a los estados a que, por medio de una legislación nacional adecuada, se impida la utilización de dichos bienes para fines militares. También éste nuevo Protocolo especifica cuales serán las sanciones cuando se presenten violaciones graves al Patrimonio y, además se crea un comité intergubernamental de doce miembros, que tienen la obligación de velar por la aplicación de la Convención y de su segundo Protocolo²³.

Tal como lo señala la UNESCO, las principales ventajas de este nuevo Protocolo son²⁴:

- “Mejora las medidas de salvaguardia de la convención definiéndolas;

comprende una Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado [6]; un Reglamento para la aplicación [7], que forma parte integral de la Convención; un Protocolo facultativo [8] cuya finalidad principal es impedir la exportación de bienes culturales de los territorios ocupados y garantizar su devolución al término de las hostilidades, y tres resoluciones [9] relativas a las fuerzas armadas que participan en acciones militares bajo la égida de las Naciones Unidas (Resolución I), la creación, por las Altas Partes Contratantes, de un Comité Consultivo Nacional (Resolución II) y la convocatoria, por parte del Director General de la UNESCO, a una reunión de las Altas Partes Contratantes (Resolución III)”. MAINETTI, Vittorio. Nuevas perspectivas para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado: entrada en vigor del segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954. En: Revista Internacional de la Cruz Roja. N.º 854 (Junio 2004); s.e. pp. 337-366.

²³ Nueva categoría que busca la protección reforzada para los bienes culturales de gran importancia.

²⁴ UNESCO [Documento Electrónico] s.e http://portal.unesco.org/culture/es/ev.php-URL_ID=18069&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html. (Citada: Febrero 27 2007).

- *Extiende considerablemente las disposiciones de la Convención ligadas al respeto de los bienes culturales y al manejo de las hostilidades, dando de esta manera un nivel de protección más avanzado que anteriormente;*
- *Crea una nueva categoría de protección reforzada para los bienes culturales particularmente importantes para la humanidad, bienes que son protegidos por disposiciones legales adecuadas a nivel nacional, y que no son utilizados con fines militares;*
- *Define, además, las sanciones que hay que aplicar para las violaciones graves cometidas en contra de los bienes culturales y precisa las condiciones en las cuales la responsabilidad penal individual está comprometida;*
- *Crea un Comité intergubernamental de doce miembros, responsable principalmente de velar por la puesta en ejecución de la Convención y del Segundo protocolo; de otorgar, de suspender y de anular la protección reforzada, y de considerar y otorgar una asistencia internacional”.*

Sin embargo, si miramos en detalle ambos protocolos, podemos observar que:

- Luego de tantos años entre uno y otro protocolo, durante los cuales se ha transformado la cultura y el Protocolo de Guerra, solo hubo cambios en la definición de lo que se debe de entender por conflicto armado, mientras que con respecto a la definición de los bienes

culturales simplemente se limitó a decir que se toma lo establecido en la Convención de la Haya de 1954.

- En ninguno de los dos protocolos, se ha presentado regulación alguna acerca de los bienes culturales de naturaleza inmaterial, por lo que, en caso de un conflicto armado es posible que las comunidades locales del territorio en conflicto puedan desaparecer sin ninguna protección, porque las Convenciones de la Haya y sus protocolos simplemente no han regulado este tema.

El Protocolo para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado de 1954 fue adherido por Colombia mediante Ley Aprobatoria 340 de 1996, la fecha de depósito fue el 18 de junio de 1998. En cambio el Segundo Protocolo de 1999 aún no ha sido ratificado por Colombia.

2.2. LA UNESCO Y EL PATRIMONIO CULTURAL, DEFINICIONES Y NORMAS

En 1945, año en que se terminó la segunda guerra mundial, se realizó una conferencia en la que participaron 40 estados, teniendo como fin el establecimiento de una organización educativa y cultural, para “*instituir una cultura de paz*”, buscando para ello la solidaridad intelectual entre los países, a través de las manifestaciones intelectuales y culturales de sus miembros, y así mismo, evitar otra nueva guerra mundial; 37 de los estados que se encontraban en la Conferencia firmaron la constitución que rige la nueva Organización: UNESCO²⁵, y en 1946, año que entra en vigor la constitución, otros 20 estados la ratifican²⁶.

²⁵ La UNESCO, es una sigla que significa Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, cabe aclarar que la UNESCO hoy en día, tiene nuevas funciones debido a los

Los conflictos armados de los últimos tiempos, en especial la Segunda Guerra Mundial, ocasionados por la incomprensión entre los pueblos, no hubiesen ocurrido si las Naciones y sus Gobernantes hubieran respetado tanto los principios básicos de un Estado democrático como la dignidad, la igualdad y el respeto mutuo de los hombres. Por el contrario, durante esa época los Estados explotaban, tal como lo señala la propia Constitución de la UNESCO, *“los prejuicios y la ignorancia, por el dogma de la desigualdad de los hombres y de las razas”*.

Actualmente se tiene la conciencia que la paz, solo se consigue con una amplia difusión y protección de la cultura y la educación de la humanidad, alcanzando la justicia y la paz, indispensables para la dignidad del hombre, este es un deber sagrado de las Naciones que debe cumplirse en un ámbito de responsabilidad y ayuda mutua.

Este deber, no solo se limita a buscar acuerdos políticos y económicos, basados en la solidaridad intelectual de la humanidad, es necesario que la Organización desempeñe la labor de Foro Intelectual y de laboratorio de ideas en particular²⁷.

avances tecnológicos y a los problemas del ecosistema, por lo que esta organización también está encargada de la Información, Comunicación y Ciencias Naturales.

²⁶ Los distintos sucesos políticos que han afectado al mundo, también han repercutido en esta organización logrando su transformación.

También, y como lo veremos más adelante, las distintas convenciones que analizan y protegen el patrimonio cultural sufren transformaciones debido a acontecimientos mundiales de gran importancia. Es el caso de la nueva convención para el patrimonio inmaterial. Este Acuerdo surge debido al efecto de la globalización, que puede lograr que el patrimonio inmaterial de la humanidad sea destruido, ya que no existía ninguna herramienta para protegerlo.

²⁷ *“Que una paz fundada exclusivamente en acuerdos políticos y económicos entre gobiernos no podría obtener el apoyo unánime, sincero y perdurable de los pueblos, y que, por consiguiente, esa paz debe basarse en la solidaridad intelectual y moral de la humanidad.*

2.3. CONVENCIÓN PARA PROHIBIR E IMPEDIR LA IMPORTACIÓN, LA EXPORTACIÓN Y LA TRANSFERENCIA DE PROPIEDAD ILÍCITAS DE BIENES CULTURALES

Esta Convención *“sugiere reglas y normas para la preservación, registro y defensa del Patrimonio Cultural mueble, plantea regulaciones al comercio de dichos bienes y propone fórmulas eficientes para eliminar de nuestras naciones el Tráfico Ilícito de sus bienes muebles más significativos”*.²⁸. Los países como los organismos internacionales deberán trabajar en conjunto para dar fin a la importación, exportación y tráfico ilícito de bienes muebles culturales.

Podemos ver dos elementos muy importantes en este Acuerdo. Primero: la UNESCO aporta unas pautas básicas que indican que bienes y/o que objetos muebles deben ser regulados por los países para su protección y preservación frente al comercio ilícito. Segundo, a diferencia de la Convención de 1972 las obligaciones de proteger, preservar, y estudiar el patrimonio, pertenecen a cada nación, aunque se considere que el bien es patrimonio de la humanidad. Es decir, corresponde a cada Estado, la

Por estas razones, los Estados Partes en la presente Constitución, persuadidos de la necesidad de asegurar a todos el pleno e igual acceso a la educación, la posibilidad de investigar libremente la verdad objetiva y el libre intercambio de ideas y de conocimientos, resuelven desarrollar e intensificar las relaciones entre sus pueblos, a fin de que éstos se comprendan mejor entre sí y adquieran un conocimiento más preciso y verdadero de sus respectivas vidas. En consecuencia, crean por la presente, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, con el fin de alcanzar gradualmente, mediante la cooperación de las naciones del mundo en las esferas de la educación, de la ciencia y de la cultura, los objetivos de paz internacional y de bienestar general de la humanidad, para el logro de los cuales se han establecido las Naciones Unidas, como proclama su Carta”. Extracto del preámbulo de la Constitución de la UNESCO

²⁸ BAKULA, Op. cit., p.1

regulación para la protección de los bienes culturales que hacen parte de su cultura y la eficacia de estas normas para el cumplimiento de las mismas²⁹.

El tráfico ilícito es un problema grave para los Estados, el cual requiere prontas y eficaces normas que lo regulen y sancionen, ya que la pérdida de estos bienes de gran valor histórico, científico y cultural implica una pérdida de las raíces de un pueblo. Un país sin raíces es un país sin futuro, sin un piso donde labrar su camino.

El problema lo describe claramente Cecilia Bákula:

La desaparición por destrucción o comercio de sus objetos produce ignorancia y olvido. Quien no se conoce, no reconoce su comunidad; la ignorancia del otro resulta en la ignorancia de sus propios valores, de su pasado, de su historia) (1) y de su identidad. Esta es una pobreza aún mayor que la material, más crítica y, definitivamente, más humillante para nuestros pueblos (2)”³⁰

Mediante estas normas se busca, por un lado, impedir la importación, exportación, transferencia y comercio ilícito de los bienes culturales, y por el otro, la repatriación de los bienes a su estado de origen. En esta Convención no se estudia ni se pretende la protección y preservación de los bienes culturales inmuebles, ni tampoco aquellos centros monumentales que no

²⁹ “Los Estados deben de asumir su responsabilidad de contar con una legislación coherente y de establecer políticas culturales que tengan en cuenta la protección de los sitios más vulnerables, el desarrollo de sistemas de inventarios así como la necesidad de contar con recursos humanos calificados. Los bienes culturales no son renovables, y en su defensa, se ve involucrada la esencia de cada pueblo, las raíces de su propia dignidad y los fundamentos de su identidad particular”. BAKULA, Op., cit p. 1. Ver: UNESCO, Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales. (documento Electrónico), París: UNESCO, 1970 <http://portal.unesco.org/es/ev.php URL_ID=13039&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html>

³⁰ BAKULA, Op.cit., p. 2.

tienen valor histórico pero que tienen la función de preservar y resguardar los bienes culturales muebles, como si pudimos observar en la Convención de la Haya.

Para una mayor eficacia de las normas establecidas por este Acuerdo, se requiere que los Estados cooperen con la devolución de obras y bienes culturales a los países de origen, y ejerzan con mayor diligencia y cuidado, un estricto control a las casas de subasta de arte, ya que este mercado, legal o no, es el que ha permitido durante mucho tiempo la **expoliación ilícita de bienes**.

Un elemento importante de la Convención de la UNESCO de 1970 es que amplía un poco el concepto de Patrimonio Cultural, porque incluye como parte del patrimonio la Flora y la Fauna, aspectos que no estaban regulados en el anterior Acuerdo, (Convención de la Haya).

Como esta Convención busca la repatriación de los bienes a su país de origen, el concepto de Patrimonio se define en términos de bien cultural mueble, porque son objetos que poseen la característica de la movilidad, es decir, tienen la posibilidad de ser comerciados entre un país y otro, y se habla de bienes culturales de las Naciones que son de gran importancia para el mundo, y no propiamente de patrimonio Mundial (ese tema será regulado por la Convención de 1972).

Lógicamente son los Estados que han sufrido del tráfico ilícito de bienes culturales los que han firmado, ratificado y adherido la Convención de 1970 a sus leyes y Constituciones³¹; mientras que hasta la fecha son pocos los

³¹ “Son los países pobres los que no sólo van perdiendo a pasos agigantados sus riquezas, sino que

países con importantes mercados de bienes culturales de otras Naciones y Culturas, que han ratificado o firmado la Convención. La República de Colombia, mediante Ley 63 de 1986 aprueba el Tratado que prohíbe la importación, exportación y transferencia ilegal de bienes culturales.

2.4. CONVENCIÓN PARA LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO MUNDIAL CULTURAL Y NATURAL (1972)

Con esta nueva Convención se amplió el concepto de bienes que hacen parte del Patrimonio Cultural, logrando en un mismo espacio regular dentro de *“un marco de igualdad de facultades las áreas de protección natural y cultural”*. Dos conceptos que jurídicamente se encontraban reglamentados de manera separada.

Según esta Convención se considerará como³²:

El Patrimonio cultural está conformado por: 1) *“Los monumentos: obras arquitectónicas, de escultura o de pintura monumentales, elementos o estructuras de carácter arqueológico, inscripciones, cavernas y grupos de elementos, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia; 2. Los conjuntos: grupos de construcciones, aisladas o reunidas, cuya arquitectura, unidad e integración en el paisaje les dé un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia; 3. Los lugares: obras*

se empobrecen cada vez más pues es su pasado el que se quiebra, son sus raíces las que se pierden; hermanado al tráfico ilícito de bienes culturales, quienes son nexos o traficantes, pagan cantidades míseras e irrisorias cuando adquieren, roban o expolían, para colocar dichos bienes en mercados especializados y a valores monetarios sumamente altos”. BAKULA, Op.cit., p. 2.

³² Convención de la UNESCO de 1972 sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural.

del hombre u obras conjuntas del hombre y la naturaleza así como las zonas, incluidos los lugares arqueológicos que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista histórico, estético, etnológico o antropológico”.

El Patrimonio Natural está constituido por: 1. *“Los monumentos naturales constituidos por formaciones físicas y biológicas o por grupos de esas formaciones que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista estético o científico; 2. Las formaciones geológicas y fisiográficas y las zonas estrictamente delimitadas que constituyan el hábitat de especies animal y vegetal amenazadas, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista estético o científico; 3. Los lugares naturales o las zonas naturales estrictamente delimitadas, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la ciencia, de la conservación o de la belleza natural”.*

Ya en el pasado acuerdo, (Convención de 1970) se señalaba la importancia de proteger la flora y la fauna³³, pero su regulación no era del todo completa, solo definía su protección de forzosa aplicación. Pero ante el inminente daño producido por el ser humano y los fenómenos naturales, era necesaria una protección mayor a dicho tema.

La evolución de la vida social y económica de la sociedad, el avance y desarrollo tecnológico han sido una gran amenaza para el Patrimonio Cultural y Natural, con fenómenos de alteración o de destrucción aún más terribles que las causas tradicionales de deterioro; constituyendo un

³³ “Las colecciones y ejemplares raros de zoología, botánica, mineralogía, anatomía, y los objetos de interés paleontológico”; Convención de la UNESCO para la repatriación de los bienes culturales, de 1970.

empobrecimiento nefasto del patrimonio de todos los pueblos del mundo³⁴. Siendo de vital importancia crear normas para la preservación de los bienes naturales que han sido intervenidos o no por el hombre, y que son de gran valor científico, estético, arqueológico e histórico.

Al respecto el Geógrafo Günter Mertins, en su artículo Convención de la UNESCO de 1972 sobre el *“Patrimonio de la Humanidad”*, señala lo siguiente:

*“Los peligros que surgen por razones de conflictos armados no son los únicos peligros a los cuales está expuesta la Herencia Cultural de la Humanidad. La dinámica técnica y económica de la sociedad lleva, cada vez más a menudo, hacia la destrucción de formas tradicionales de vida y de orientaciones culturales. Influencias ambientales negativas, el avanzado proceso de urbanización y sub-urbanización, con las correspondientes medidas urbanísticas y el turismo de masas”*³⁵.

En esta Convención, y a diferencia de la Convención de 1970, busca regular tanto los bienes culturales muebles como los bienes inmuebles. Considerando bienes inmuebles: *“los monumentos, las agrupaciones de edificios, templos, parques naturales o formaciones arqueológicas”*, agrupando en una misma legislación los bienes inmuebles con alto valor cultural con aquellos lugares naturales con un valor excepcional y universal.

De otra parte, en las anteriores Convenciones, era deber de cada Estado Parte proteger y preservar el Patrimonio Cultural que se encontraba dentro

³⁴ Convención de la UNESCO de 1972 sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural.

³⁵ MERTINS Günter, La Convención de la UNESCO de 1972 sobre el *“Patrimonio de la Humanidad”*, Paris: UNESCO, p. 16.

de los límites del Estado y que hacía parte de la cultura de la Nación. Debido a que buena parte de las Naciones les ha sido **IMPOSIBLE** cumplir con la protección del patrimonio, ya que no cuentan con los recursos suficientes para lograr los objetivos propuestos, en esta Convención se definió que el patrimonio cultural, pertenece a la historia del país de origen, pero es deber mundial su preservación y su protección. Al respecto ver artículos 6 y 7 de la Convención.

El Congreso de la Republica de Colombia, mediante Ley Aprobatoria N° 45 de 1983 aprueba la “Convención para la Protección Mundial Cultural y Natural”, y se autoriza al Gobierno Nacional para adherir al mismo.

2.5. CONVENCION PARA LA PROTECCION DEL PATRIMONIO SUBACUATICO³⁶

El patrimonio subacuatico, al no haber sido regulado en las Convenciones anteriores, es amenazado por actividades no autorizadas, que tienen como objetivo la venta, adquisición o el trueque de patrimonio cultural subacuatico, requiriendo, entonces, medidas extremas para impedir esas actividades.

No obstante podemos observar que en la recomendación realizada por la conferencia general de la UNESCO en su novena reunión en el año de 1956, se definieron los principios internacionales que deberían aplicarse a las excavaciones arqueológicas en las zonas subacuaticas.

³⁶ Este Numeral tiene como base bibliográfica: UNESCO, Protección Jurídica del Patrimonio Cultural, Patrimonio Subacuatico, (Documento Electrónico) París: UNESCO, Última actualización 21/08/02. <http://www.unesco.org/culture/legalprotection/water/html_sp/index_sp.shtml>

UNESCO, Convención de la UNESCO para la protección del Patrimonio Subacuatico, (Documento electrónico), París: UNESCO, 2 de noviembre de 2001, <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001260/126065s.pdf>>

El Patrimonio Cultural Subacuático está compuesto por³⁷:

“Todos los rastros de existencia humana que tengan un carácter cultural, histórico o arqueológico, que hayan estado bajo el agua, parcial o totalmente, de forma periódica o continua, por lo menos durante 100 años, tales como:

i) los sitios, estructuras, edificios, objetos y restos humanos, junto con su contexto arqueológico y natural;

ii) los buques, aeronaves, otros medios de transporte o cualquier parte de ellos, su cargamento u otro contenido, junto con su contexto arqueológico y natural; y

iii) los objetos de carácter prehistórico”.

Los vestigios subacuáticos donde podemos encontrar Patrimonio Cultural, han sido saqueados por los buscadores de tesoros. Las nuevas técnicas de buceo han permitido que los tesoros y la historia que se esconden en las profundidades del mar, estén al alcance de todos sin ninguna posibilidad de protección legal hasta ahora, lo cual impide a los verdaderos científicos, la posibilidad total o parcial de conocer la historia, los mapas de navegación y las rutas del comercio de las épocas y tiempo del naufragio.

Los métodos utilizados por los buscadores de tesoros en sus saqueos son primarios y muchas veces se desentienden de los derechos de propiedad y de los métodos científicos de excavación arqueológica, deteriorando el resto

³⁷ Artículo 1°, Convención de la UNESCO para la salvaguardia del Patrimonio Subacuático.

del sitio e inhabilitándolo para otras excavaciones, o destruyendo piezas importantes, privando al mundo de dichos conocimientos.

Si bien los excavadores son un gran problema, no es lo único que afecta el Patrimonio, también lo afectan la actividad pesquera, la instalación de tuberías y otras actividades realizadas en los fondos marinos, contribuyendo de manera inexorable a la pérdida del Patrimonio Mundial.

Según el documento de Patrimonio Cultural Subacuático³⁸:

“Este es un problema urgente que requiere de la adopción de un instrumento internacional con vistas a su preservación. Gran parte del Patrimonio Subacuático mundial está fuera del alcance de los controles nacionales ya que se encuentran en las zonas más alejadas de la plataforma continental o en las profundidades del lecho marino”.

Es importante destacar que esta Convención nace por el deseo de desarrollar y codificar progresivamente normas relativas a la protección y preservación del Patrimonio Subacuático conformes con el derecho y las prácticas internacionales, y toma para sí los principios mencionados en la carta para la Protección Cultural Subacuático del ICOMOS³⁹, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, la Convención sobre las Medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de la propiedad ilícitas de Bienes Culturales de 1970, y la Convención para la Protección del

³⁸ UNESCO, Protección Jurídica del Patrimonio cultural: Patrimonio cultural subacuático, UNESCO, http://www.unesco.org/culture/legalprotection/water/html_sp/index_sp.shtml (Citado: 23 Enero 2007)

³⁹ ICOMOS. Consejo Internacional de Monumentos y Sitios Histórico-Artísticos

Patrimonio Mundial, Cultural y Natural, aprobada por la UNESCO el 16 de noviembre de 1972.

Esta Convención aún no ha sido ratificada por la República de Colombia.

2.6. CONVENCIÓN PARA LA SALVAGUARDIA DEL PATRIMONIO CULTURAL INMATERIAL

Algunos procesos derivados de la mundialización y las transformaciones sociales han propiciado el deterioro, la destrucción y la estandarización de los conceptos y comportamientos, trayendo consigo fenómenos de intolerancia que han contribuido a la extinción de algunas culturas, en parte por no estar desarrollado este tema en las distintas Convenciones que han regulado el patrimonio cultural los recursos legales necesarios para su protección y preservación. No obstante, los efectos de la Globalización, los avances de la tecnología y de las redes informáticas han generado, paradójicamente, el despertar de la diversidad, la defensa y valoración de las identidades, creando condiciones propicias para un dialogo entre las diversas culturas y comunidades.

El patrimonio Inmaterial está constituido por: *“los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas –junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes - que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural”*⁴⁰

⁴⁰ UNESCO, Convención de la UNESCO para la protección del Patrimonio Inmaterial (documento electrónico), París: UNESCO, (17 Octubre 2003)
<http://www.unesco.org/culture/ich_convention/index.php?pg=00022> Artículo 2°

“Este patrimonio cultural inmaterial, que se transmite de generación en generación, es recreado constantemente por las comunidades y grupos en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia, infundiéndoles un sentimiento de identidad y continuidad y contribuyendo así a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana. (...)”⁴¹.

¿Porque no hubo anteriormente una regulación acerca del Patrimonio Inmaterial, y ni siquiera se tomo en cuenta, en las definiciones que la UNESCO señalaba, en las distintas convenciones que buscan proteger los bienes culturales?

Una de las razones la encontramos en la concepción tradicional de cultura que consideraba que cultura y nación eran un *“todo homogéneo”* es decir, que la Nación estaba estructurada bajo un concepto de identidad cultural única, que permitía diferenciar, por medio de esta, una Nación de otra. Por lo que en ese entonces no podía hablarse de diversidad cultural dentro de los límites de un Estado.

Esta ficción de unidad-cultura, unidad-nación, tiene como fin el alimentar y defender las políticas nacionales creadas bajo *“unos mitos fundacionales y una supuesta identidad”*, que sustentan un Estado culturalmente homogéneo, dentro de la misma Constitución.

Otra razón importante del rechazo hacia la diversidad cultural era la búsqueda de la Economía Nacional y del progreso, ya que se tenía la

41

LA ARTESANÍA: IDENTIDAD Y PATRIMONIO CULTURAL DE LOS PUEBLOS
http://www.lacult.org/docc/Documento_Trinidad.doc (Citado: 15 junio 2006).

creencia de que la diversidad era un estorbo y una limitante para la prosperidad.

En consecuencia las políticas culturales, que se imponían en ese entonces, buscaban la identidad cultural, no la diversidad, es decir, que se encontraban enfocadas hacia *“la ficción de la cultura Homogénea”*. En las convenciones y conferencias de la UNESCO ese era el objetivo que se debía buscar (la identidad cultural), expresiones como *“La política cultural del Estado está dirigida a proteger y fortalecer la identidad nacional, son frases que se utilizaban permanentemente en dichos acuerdos”*. (Juan Luís Mejía: 2005).

Es necesaria la Convención para la salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, porque⁴²:

1) *“Las comunidades, en especial las indígenas, los grupos y en algunos casos los individuos desempeñan un importante papel en la producción, la salvaguardia, el mantenimiento y la recreación para la protección del patrimonio cultural inmaterial, contribuyendo con ello a enriquecer la diversidad cultural y la creatividad humana; y”*

2). Porque no existía, en ese momento, ningún *“instrumento multilateral de carácter vinculante destinado a salvaguardar el patrimonio cultural inmaterial”*, que posibilitara los medios adecuados para la preservación de los ritos y manifestaciones culturales de aquellas comunidades que se mantienen vivas, que transmiten sus

⁴² UNESCO, Convención de la UNESCO para la protección del Patrimonio Inmaterial (documento electrónico), París: UNESCO, (17 Octubre 2003)
<http://www.unesco.org/culture/ich_convention/index.php?pg=00022>
Artículo 3°

tradiciones, sus expresiones, sus conocimientos relativos a la naturaleza y el universo hacia las generaciones futuras por medio de las costumbres y de las tradiciones ancestrales. Logrando en estas comunidades *“un proceso de identidad y de continuidad”*.

Siendo necesario que los Estados logren la participación de las comunidades y grupos y si procede, los individuos que crean, mantienen y transmiten ese patrimonio para que contribuyan, activamente en la gestión del mismo (Artículo 15° Convención: 2003).

El fin de este Acuerdo es mejorar y completar eficazmente los acuerdos, recomendaciones y resoluciones existentes en materia de Patrimonio Cultural y Natural, en especial la Convención para la protección del Patrimonio Mundial de 1972. Por ende los países en ningún momento pueden interpretar ninguna disposición de esta Convención, de tal manera que:

- *“Modifique el estatuto o reduzca el nivel de protección de los bienes declarados patrimonio mundial en el marco de la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural de 1972 a los que esté directamente asociado un elemento del patrimonio cultural inmaterial; o*
- *Afecte los derechos y obligaciones que tengan los Estados Partes en virtud de otros instrumentos internacionales relativos a los derechos de propiedad intelectual o a la utilización de los recursos biológicos y ecológicos de los que sean Partes”*.

Mediante esta Convención se abarcan los siguientes temas: 1. *“Tradiciones y expresiones orales; 2. Las formas tradicionales de música, danza y teatro; 3. Los usos sociales, los rituales y las festividades; 4. Los conocimientos y prácticas relacionados con la naturaleza y el universo; y 5. Las técnicas artesanales tradicionales.*

Además se amplía la definición de Patrimonio Cultural reivindicando la labor de los artesanos. En anteriores convenciones la artesanía y el oficio del artesano, no eran considerados importantes para el Patrimonio de la Humanidad, como sí lo eran, los ornamentos, las pinturas, las armas de guerra, las esculturas y los monumentos.

Cuando hablamos de Artesanía, estamos involucrando tanto el objeto o producto como tal, como el procedimiento necesario para su fabricación, donde se involucran elementos económicos, técnicos, productivos, comerciales, estéticos, sociales y culturales que comprenden toda una dinámica de desarrollo y sobre todo el valor que tiene por ser una expresión social y cultural de la comunidad.

Además la artesanía es una fuente de conocimientos de las técnicas de producción ancestrales que evoluciona y se renueva con cada generación, siendo el artesano el portador de:

“Un conocimiento y de una sensibilidad creativa sui generis, restituyendo la razón histórica y social de esta manifestación como parte de los conocimientos tradicionales, perdidos con el surgimiento

*de las ciudades y de las nuevas técnicas de desarrollo y de producción en serie*⁴³.

Los Estados Partes tienen la obligación de realizar todas las medidas que estén a su alcance para la protección del Patrimonio presente en su territorio. Los métodos necesarios para una eficaz protección del Patrimonio Cultural Inmaterial son⁴⁴:

- Realizar inventarios, según lo establecido por el Artículo 12 de la presente Convención, tienen como objetivo: *“identificar y definir los distintos elementos del patrimonio cultural inmaterial presentes en su territorio, con participación de las comunidades, los grupos y las organizaciones no gubernamentales pertinentes”*;
- Adoptar políticas encaminadas a realzar la función del patrimonio cultural inmaterial en la sociedad y a integrar su salvaguardia en programas de planificación;
- Designar organismos competentes para la salvaguardia del Patrimonio Inmaterial que se encuentre presente dentro de su territorio.
- Fomentar estudios científicos, técnicos y artísticos, así como metodologías de investigación, para la salvaguardia eficaz del patrimonio cultural inmaterial.
- Adoptar medidas de orden jurídico, técnico, administrativo y financiero adecuadas para favorecer la creación o el fortalecimiento de

⁴³ “La inclusión de las técnicas artesanales tradicionales dentro de los ámbitos que abarca el Patrimonio Inmaterial constituye un reconocimiento tácito al importante rol desempeñado por la creación artesanal en la producción y reproducción de los medios de vida de los pueblos a través de toda la historia y de su función como elemento de articulación entre los valores materiales y espirituales de una colectividad”.

LA ARTESANÍA: IDENTIDAD Y PATRIMONIO CULTURAL DE LOS PUEBLOS
[http://www.lacult.org/docc/Documento Trinidad.doc](http://www.lacult.org/docc/Documento%20Trinidad.doc) (Citado: 15 junio 2006). p. 3.

⁴⁴ Los deberes de los Estados partes aquí presentados, están basados en su totalidad en los artículos 12, 13, 14 y 29 de la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Inmaterial. París: UNESCO, 2.003

instituciones de formación en gestión cultural en el campo del patrimonio cultural inmaterial, y la transmisión de estos conocimientos en foros y espacios destinados a su manifestación y expresión; garantizar el acceso al patrimonio cultural inmaterial, respetando los usos “*consuetudinarios*” por los que se rige el acceso a determinados aspectos de dicho patrimonio.

- Además, como dispone el artículo 29 de la Convención, los Estados Parte tienen que presentar ante el Comité un informe, “*sobre las disposiciones legislativas, reglamentarias o de otra índole que hayan adoptado para aplicar la Convención*”.
- Los Estados Parte a su vez deben procurar que las comunidades, los grupos y los individuos, creen, mantengan, transmitan y se asocien para participar, activamente, en la gestión para la preservación y protección del patrimonio inmaterial.
- También es obligación de cada Estado Parte procurar, por todos los medios oportunos el reconocimiento, el respeto y la valorización del patrimonio cultural inmaterial en la sociedad, mediante: programas educativos, de sensibilización, de formación y de difusión; actividades de fortalecimiento de capacidades en materia de salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial a través de medios no formales de transmisión del saber; mantener al público informado de las amenazas que pesan sobre ese patrimonio y de las actividades que se realicen en cumplimiento de la presente Convención y por último promover la educación sobre la protección de espacios naturales y lugares importantes para la memoria colectiva, cuya existencia es indispensable para que el patrimonio inmaterial pueda expresarse.

La Cooperación Internacional es importante porque el Patrimonio Inmaterial es una cuestión de interés de la humanidad; por ello los Estados Partes se comprometen a cooperar en el plano bilateral, sub-regional, regional e internacional. Esta cooperación internacional *comprende en particular el intercambio de información, de experiencias, iniciativas comunes, y la creación de un mecanismo para ayudar a los Estados Partes en sus esfuerzos encaminados a salvaguardar el patrimonio cultural inmaterial*⁴⁵.

Esta Convención fue adoptada en Octubre de 2003, por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), y entró en vigor el día 21 de abril de 2006, ya que, para el jueves 20 de abril de 2.006 la Convención había sido ratificada por 30 países, *“y el 18 de enero 2007, 73 Estados habían depositado ya sus respectivos instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación”*. Esta Convención aún no ha sido ratificada por la República de Colombia.

2.7. CONVENCIÓN PARA LA PROTECCIÓN Y PROMOCIÓN DE LA DIVERSIDAD DE LAS EXPRESIONES CULTURALES .

Como lo vimos en la Convención para la protección y salvaguardia del patrimonio inmaterial de 2003, la diversidad y las expresiones culturales pueden correr riesgos de extinción o de grave menoscabo causados por los procesos de mundialización, debido en buena parte a la evolución de las tecnologías de la comunicación y de la información. Si bien es cierto que estos procesos crean condiciones que intensifican la interacción entre las

⁴⁵ Artículo 19° Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Inmaterial, París:UNESCO 2003

culturas también es cierto que generan peligros de extinción debido a que pueden producirse desequilibrios entre países ricos y países pobres.

La diversidad cultural significa la multiplicidad de formas en que se expresan las culturas de los grupos y sociedades que se transmiten dentro y entre las comunidades. Se manifiesta en las diversas formas en que se expresa, enriquece y transmite el patrimonio cultural de la humanidad mediante la variedad de expresiones culturales, así como los distintos modos de creación artística producción, difusión, distribución y disfrute de las expresiones culturales.

“Las expresiones culturales son las expresiones que resultan de la creatividad de personas, grupos y sociedades”⁴⁶.

Mediante esta Convención se busca:

- *“Reconocer la naturaleza específica de los bienes y servicios culturales como vectores de transmisión de identidad, valores y sentido”;*
- Crear condiciones para que las comunidades, grupos y sociedades puedan prosperar e interactuar libremente con otras comunidades, grupos y sociedades *“fomentando en los gobiernos actitudes abiertas a reconocer las otras culturas de manera que todas ellas puedan convivir en paz y solidaridad y tener acceso a los mercados culturales”*, es decir, los Estados deben promover el dialogo entre las culturas y garantizar intercambios culturales; así mismo impulsar la interculturalidad para desarrollar la interacción cultural *“con el*

⁴⁶ Artículo 4. *“Definiciones”*. Convención 2005: sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales.

espíritu de construir puentes entre los pueblos”; promover el respeto de la diversidad de las expresiones culturales y generar conciencia de su valor tanto a nivel local y nacional, como a nivel internacional.

- Reforzar los cinco eslabones que conforman la diversidad cultural que son: la distribución / diseminación, el acceso y el disfrute de las expresiones contenidas en las actividades culturales, los bienes y los servicios;
- Ser un complemento de lo regulado en las Convenciones de 1972 Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural, y la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de 2003, en lo que respecta a la conservación y promoción de la diversidad creativa.

Otro aspecto significativo dentro de esta Convención es asegurar el vínculo que existe entre diversidad cultural y progreso, especialmente en países en vía de desarrollo, por eso cada Estado deberá apoyar toda actividad a realizar que contemple dicho vínculo, así como reconocer toda actividad y bienes y servicios culturales como portadores de identidad, valores y significado de los pueblos.

Se reconoce la soberanía de cada Estado para formular y aplicar políticas culturales para la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales. Sin embargo la aplicación de las políticas debe ser coherente con lo dispuesto en esta Convención.

Algunas de las medidas que la Convención propone a cada Estado- parte son:

1. La creación de reglamentos que busquen promover y proteger la diversidad de las expresiones culturales.
2. Brindar oportunidades a toda actividad y los bienes y servicios culturales nacionales para su creación producción, distribución difusión y disfrute.
3. Proporcionar, a las industrias culturales independientes nacionales y las actividades del sector no estructurado, acceso efectivo a los medios de producción, difusión y distribución de bienes y servicios culturales.
4. Conceder asistencia financiera pública.
5. Alentar a organizaciones sin ánimo de lucro, entidades públicas y privadas, artistas, y otros profesionales de la cultura, a impulsar y promover el libre intercambio y circulación de ideas, expresiones culturales y actividades, bienes y servicios culturales y estimular en sus actividades el espíritu creativo y el espíritu de empresa. (evitando tratar las actividades y los bienes y servicios culturales como si estos tuviesen solo valor comercial)
6. Crear y apoyar las instituciones de servicio público pertinentes.
7. Respalda y apoyar a los artistas y demás personas que participan en la creación de expresiones culturales.
8. Promover la diversidad de los medios de comunicación social, comprendida la promoción del servicio público de radiodifusión.

Es primordial que los Estados-Parte creen un entorno que ayude y que incite a las personas o grupos a: 1. crear, producir, difundir y distribuir sus propias expresiones culturales. *“prestando la debida atención a las circunstancias y necesidades especiales de las mujeres y de distintos grupos sociales, comprendidas las personas pertenecientes a minorías y los pueblos*

autóctonos”. 2. “Tener acceso a las diversas expresiones culturales procedentes de su territorio y de los demás países del mundo”.

Un punto importante, desarrollado por esta Convención, es la cooperación y solidaridad internacionales. Todas las Convenciones han tratado este tema, demostrando que para lograr efectivamente los objetivos propuestos es inevitable la colaboración internacional. Pero esta Convención va más allá, siendo necesaria *“la cooperación cultural”*, para que los Estados puedan crear y reforzar sus medios de expresión cultural, comprendiendo sus industrias culturales tanto nacientes como las ya establecidas, en el plano local, nacional e internacional y convirtiendo la defensa de la diversidad cultural, anteriormente considerada como una opción, en derecho universal⁴⁷.

Corresponde a los Estados y a organismos internacionales sin ánimo de lucro, como por ejemplo UNESCO, asumir la cooperación y la solidaridad internacionales; sin embargo la sociedad civil también juega un papel muy importante en este ámbito y por eso los Gobiernos deben crear *“un ambiente internacional en el que la sociedad civil (y esto incluye el sector privado) pueda operar a fin de “propiciar el surgimiento de un sector cultural dinámico” que es lo que preconiza la Convención”*.

Esta Convención fue adoptada en Octubre de 2005, por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), y entró en vigor el 18 de marzo de 2007, *“pero sólo para los Estados o las organizaciones de integración económica regional que hayan depositado sus respectivos instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o*

⁴⁷ Irónicamente, y como se puede observar más adelante, muchos artículos o leyes basadas en la Declaración Universal de Derechos Humanos, han protegido más las creaciones individuales que las expresiones culturales de las comunidades y grupos locales. Esta Convención es muy importante porque al considerar la defensa de la diversidad cultural como un derecho universal, estamos viendo como se abre un camino para que se protejan los derechos colectivos de las comunidades.

adhesión el 18 de diciembre de 2006 o anteriormente. Para las demás Partes, entrará en vigor tres meses después de efectuado el depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión". Hasta el 6 de julio de 2007 63 Estados y la Comunidad Europea han depositado sus respectivos instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión. Colombia no ha ratificado esta Convención.



SIERRA NEVADA DE SANTA MARTA COLOMBIA © Catalina Mira G.

3. LEGISLACIÓN COLOMBIANA SOBRE PATRIMONIO CULTURAL

“La cultura no es una creación estatal, pero el Estado si es un producto cultural”

Alberto Sanabria.

- En Colombia, desde los inicios del siglo XX se legislaron normas y leyes que trataron temas culturales. La primera norma que introdujo implícitamente el tema del patrimonio cultural, fue la Ley 48 de 20 de diciembre de 1918, *“Fomento de las bellas artes”*. Desde ese entonces se han aprobado aproximadamente unas 10 leyes y decretos reglamentarios legislando sobre distintos aspectos relativos al Patrimonio Cultural, estos son:
- Ley 48 de 1918. *“Fomento de las bellas artes”*.
- Ley 47 de 1920. *“Protección del patrimonio documental y artístico”*
- Ley 32 de 1924. *“Autoriza a la Sociedad de Mejoras Públicas de Cartagena a velar por la conservación de los monumentos históricos de la ciudad”*.
- Ley 103 de 1931 *“Por la cual se fomenta la conservación de los monumentos arqueológicos de San Agustín (Huila)”*.
- Decreto 1060 de 1936. Reglamenta la entrada al país de expediciones científicas para promover el desarrollo científico con aporte de la experiencia extranjera;
- Decreto 904 de 1941. Reglamenta la ley 103 de 1931, una década después de ser expedida;

- Ley 14 de 1936. *“El Congreso autoriza al Poder Ejecutivo de Colombia para adherir al Tratado sobre la protección de bienes culturales muebles de valor histórico”*;
- Ley 163 de 1959, *“Por la cual se dictan medidas sobre defensa y conservación del Patrimonio Histórico, Artístico y Monumentos Públicos de la Nación”*;
- El Decreto 264 de 1964, *“Por el cual se reglamenta la Ley 163 de 1959 sobre defensa y conservación del Patrimonio Histórico, Artístico y Monumentos Públicos de la Nación”*;
- Ley 70 de 1993 *“Por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política”* teniendo entre sus objetivos: *“establecer mecanismos para la protección de la identidad cultural y de los derechos de las comunidades negras de Colombia como grupo étnico”*,
- Ley 47 de 1993 *“Por la cual se dictan normas especiales para la organización y el funcionamiento del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina; (...) “que tiene por objeto dotar al Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina de un estatuto especial que le permita su desarrollo dentro del marco fijado por la Constitución, en atención a sus condiciones geográficas, culturales, y sociales, y económicas” (Artículo 1°).*
- Ley 397 de 1997, Ley General de Cultura *“Por la cual se desarrollan los artículos 70, 71, 72 y demás artículos concordantes de la Constitución Política y se dictan normas sobre **Patrimonio Cultural**, fomentos y estímulos a la cultura, se crea el Ministerio de la Cultura y se trasladan algunas dependencias”*.

Este capítulo se divide en dos partes. En la primera se desarrolla un breve recuento de las leyes que se expidieron en Colombia, antes de considerar los temas tratados por las Resoluciones Panamericanas que tuvieron relación con el patrimonio cultural, resaltando sus aspectos más importantes; en la segunda parte, se entra a analizar las leyes que surgieron basándose en las Resoluciones XIII y XIV, aprobadas en la Séptima Conferencia de 1933 celebrada en Uruguay, en las cuales se discutieron temas como *“la necesidad de proteger los archivos españoles e intercambiar índices o reglamentar las excavaciones arqueológicas”*, influyendo en las futuras legislaciones latinoamericanas que trataron el tema del Patrimonio Cultural, hasta la Ley 397 de 1997, Ley General de Cultura que nos rige actualmente en materia de Patrimonio Cultural.

3.1. RECuento HISTÓRICO DE LAS LEYES SOBRE PATRIMONIO CULTURAL ENTRE 1918 Y 1931

La primera legislación colombiana que regula un tema cultural, es la **ley 48 de 1918** *“Fomento de las bellas artes”*. Aunque este conjunto de normas no tenía como fin principal regular el patrimonio cultural, incluía algunos artículos que buscaban implícitamente la protección de la cultura y del patrimonio, tal es el caso de la creación de la Dirección Nacional de Bellas Artes, organismo que antecede a posteriores entidades rectoras de las políticas culturales en el ámbito nacional.

Los objetivos principales a cumplir por esta ley eran: El fomento a la educación en las bellas artes; ordenar la ornamentación de los bienes públicos; e imponer límites a la propiedad privada, reconociendo el derecho sobre el bien pero prohibiendo destruir, reparar o destinar los edificios y

monumentos públicos con fines diferentes y sin autorización del Ministerio de Educación.

Las posteriores normas sobre patrimonio cultural de la Nación, se originaron como respuesta a continuos hechos que ponían en riesgo el Patrimonio de la Nación. Destrucciones, exportaciones, saqueos, y expoliación de bienes arqueológicos de culturas precolombinas, y de arte de la colonia, son algunas de las acciones que se cometieron y que se siguen ejecutando. Veamos algunos ejemplos:

- En el año de 1913, Konrad Theodor Preuss, vino a Colombia para realizar varias investigaciones en algunas zonas del país, tales como: la zona Arqueológica de la región de San Agustín y la cuenca amazónica; y convivió con indígenas de la tribu Uitotos del río Orteguzaza y con los Kágabas de la Sierra Nevada de Santa Marta, después de dos años de investigación, se lleva consigo, ilícitamente, bienes muebles que pertenecen a la zona de San Agustín; por esta razón y a solicitud del *“corregidor del pequeño poblado de San Agustín”*, se expide la **Ley 47 de 1920 que buscaba “la protección del patrimonio documental y artístico y sobre bibliotecas, museos y archivos”**.
- En el año de 1920, un Alcalde de Cartagena, argumentando problemas de salubridad, destruyó una parte de la muralla (desde la Torre del Reloj hasta el baluarte de San Pedro Mártir) así como de los baluartes que había entre los siguientes puntos: San Apóstol, San Andrés y San Pablo, contruidos por los españoles para proteger a la ciudad del acoso de los piratas, bucaneros y flotas. Esa decisión desato una fuerte polémica nacional, que no logró impedir las demoliciones; inclusive en el año de

1923, se tumbó parte de la Muralla de la zona del baluarte San Pedro Mártir para utilizar sus piedras como relleno y así defender el Barrio de Marbella de un mar de leva. La única forma de terminar con este exabrupto, fue con la expedición de la **Ley 32 de 1924** que puso punto final a la ya frecuente demolición de las murallas para resolver problemas del crecimiento de la ciudad.

- Durante los años 30, los saqueos en la zona de San Agustín, por parte de los guaqueros iba en aumento, violando las leyes que lo impedían, destruyendo y expoliando ilegalmente grandes zonas ricas en hallazgos arqueológicos, por la búsqueda del llamado *“oro de guaca”*. Estos saqueadores alegaban que estaban amparados por el Código de Minas. Como respuesta a este problema se emite la **Ley 103 de 1931** *“Por la cual se fomenta la conservación de los monumentos arqueológicos de San Agustín (Huila)”*.
- El arqueólogo español José Pérez de Barradas inició actividades en San Agustín, basándose en el Decreto 1060 de 1936, que reglamentó la entrada al país de expediciones científicas con el fin de promover el desarrollo científico con el aporte de la experiencia extranjera. Mediante esta ley se estableció que *“ningún espécimen botánico, zoológico, mineralógico o paleontológico, podrá ser llevado fuera del país sin depositar en el Ministerio de Educación, un duplicado, a menos que ya exista en poder del Gobierno o de algún instituto o museo colombiano”*. Tampoco podía sacarse *“ningún espécimen arqueológico, artístico, natural o histórico”*. En el año de 1941, momento en que son iniciadas en forma las excavaciones y la adecuación del parque de San Agustín, el

Gobierno Nacional, mediante **el Decreto 904**, reglamentó la **Ley 103 de 1931**.

- **Tabla Síntesis de Características de las Leyes mas Importantes de este Grupo**

LEY 48 DE 1918	LEY 47 DE 1920	LEY 103 DE 1931	DECRETO 904 DE 1941
<i>“Se da creación a la dirección Nacional de Bellas Artes (antecedente remoto de la institucionalidad a nivel nacional)”</i>	<i>“protección del patrimonio documental y artístico”</i>	<i>“Por la cual se fomenta la conservación de los monumentos arqueológicos de San Agustín (Huila)”</i>	<i>“por el cual se reglamenta la ley 103 de 1931”;</i>
PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS			
<p>Fomentar la enseñanza en las bellas artes y ordenar la ornamentación de los edificios públicos.</p> <p>Declarar que Los edificios y monumentos públicos, fortalezas, cuadros, esculturas y ornamentos de los tiempos coloniales, monumentos precolombinos y productos meteoritos, forman parte integrante del material de la historia patria.</p>	<p>Le concede a la Academia de Historia la responsabilidad para</p> <p><i>“proponer al Gobierno los medios convenientes para que en toda la Nación se guarden y mantengan, con el debido cuidado, los edificios y monumentos públicos, fortalezas, cuadros, esculturas y ornamentos de los tiempos coloniales, Monumentos Precolombinos, y cuantos objetos y documentos puedan interesar a la historia, etnografía, folklore y bellas artes”.</i></p>	<p>Declara de “utilidad pública”, los monumentos y objetos arqueológicos de entre otras, la región de San Agustín (Huila).</p> <p><i>“Se declara como Monumentos Nacionales objetos tales como: los Templetes, sepulcros y su contenido, estatuas, lajas, estelas y piedras labradas, así como objetos de oro, alfarería, y demás utensilios indígenas que puedan ser utilizados para estudios arqueológicos y etnográficos”, prohibiéndose su venta y exportación”.</i></p>	<p><i>“Declaró que todos los monumentos y objetos arqueológicos que se conocieren, aparezcan o fueren descubiertos en cualquier lugar de la República, eran pertenecientes al Monumento nacional del Alto del Magdalena y San Agustín”.</i></p> <p>Se prohibió la destrucción, alteración o cambio de destinación a los edificios u objetos declarados, así como las excavaciones, sin previo permiso del Ministerio de Educación Nacional.</p>

LEY 48 DE 1918	LEY 47 DE 1920	LEY 103 DE 1931	DECRETO 904 DE 1941
<i>“Se da creación a la dirección Nacional de Bellas Artes (antecedente remoto de la institucionalidad a nivel nacional)”</i>	<i>“protección del patrimonio documental y artístico”</i>	<i>“Por la cual se fomenta la conservación de los monumentos arqueológicos de San Agustín (Huila)”</i>	<i>“por el cual se reglamenta la ley 103 de 1931”;</i>
PRINCIPALES CARACTERISTICAS			
	Prohíbe la salida del país de papeles, documentos y objetos pertenecientes al gobierno, sin previa autorización de organismos competentes; o los pertenecientes a museos, archivos y bibliotecas de propiedad privada que tengan interés histórico o importancia para el Estado. Igualmente los objetos de arte u otros, públicos o privados que a juicio de las academias o cuerpos consultivos fueran de importancia histórica o tradicional	<i>“Autoriza al gobierno nacional para adquirir los terrenos de la región de San Agustín con el fin de convertirlos en parque nacional”.</i>	Establece la obligación de informar a las autoridades los hallazgos casuales y la posesión de objetos protegidos para evitar la desaparición o daño de los mismos. Se prohibió la salida del país de los bienes protegidos en la Ley y el decreto, actividad que configura el delito de contrabando por extracción.

○ Tabla Comparativa de Aspectos Relevantes en esta Normatividad⁴⁸

LEY 48 DE 1918 Y LEY 47 DE 1920	LEY 103 DE 1931 Y SU DECRETO REGLAMENTARIO 904 DE 1941
Aún no es utilizado el término <i>“Patrimonio Cultural”</i>	Ley 103 de 1931 Declara de utilidad pública los monumentos y objetos arqueológicos de las regiones de San Agustín, Pitalito, Alto de Magdalena y los de cualquier otra nación.
<i>“Se protegen tanto bienes inmuebles (edificios, monumentos públicos, fortalezas, monumentos precolombinos) como muebles (cuadros, esculturas y ornamentos)”</i> ⁴⁹	En la Ley 103 de 1931, se utiliza, por primera vez el concepto de Monumento Nacional
<i>“El ámbito de interés se concentra en la historia, la etnografía, el folklore, y las bellas artes”</i> ⁵⁰ .	En esta ley se presenta una <i>“curiosa fricción legal que trató de incorporar objetos de muy distintas culturas al único Monumento Nacional”</i> (Del Alto del Magdalena y San Agustín) <i>“que existía hasta ese momento”</i>
Se considera que los objetos de mayor importancia, cuidado y protección, son los bienes culturales que provienen de las épocas precolombina y colonial. Aún no se incluyen los bienes del periodo republicano y contemporáneo.	Dentro del país se considera lícita la compraventa de bienes arqueológicos;
Se establece que los objetos a los cuales se prohíbe la salida del país podrían ser de <i>“propiedad pública o privada”</i> , reconociendo la propiedad privada sobre los objetos materia de protección.	
LEY 48 DE 1918 Y LEY 47 DE 1920	LEY 103 DE 1931 Y SU DECRETO REGLAMENTARIO

⁴⁸ Estas conclusiones, están basadas en el documento MEJÍA ARANGO, Juan Luís, Legislación sobre el Patrimonio Cultural en Colombia, Op. cit., p. 201- 216

⁴⁹ Ibid.,p. 203.

⁵⁰ Ibid. p. 203

	904 DE 1941
La Academia de Historia es la autoridad encargada para la realización de investigaciones y la proposición de medidas de aseguramiento.	
Se destaca en la Ley 47 de 1920 la disposición según la cual, el Estado tenía la obligación de adquirir los bienes declarados, si se diera el caso en el que la Academia diera concepto negativo para la salida de un bien de propiedad privada.	

- **Otras Leyes que en este Período trataron el Tema del Patrimonio Cultural**

Vale la pena mencionar otras leyes dictadas en este período que jugaron un papel valioso en la protección del patrimonio cultural, cuatro en total, tres de ellas relacionadas con el patrimonio cultural de Cartagena. Estas leyes son:

- **Ley 32 de Noviembre de 1924**, *“Por la cual se autoriza a la Sociedad de Mejoras Públicas de Cartagena para velar por la conservación de los monumentos históricos de la ciudad, en la forma que determinará el Gobierno Nacional....”*⁵¹, en su artículo 7° establece la prohibición a la demolición de las murallas, castillos y fuertes de Cartagena.
- **Decreto 1060 de 1936**, *“Reglamentó la entrada al país de expediciones científicas con el fin de promover el desarrollo científico con el aporte de la experiencia extranjera”, ordenando que “ningún espécimen botánico, zoológico, mineralógico o paleontológico, podrá ser llevado fuera del país sin depositar en el Ministerio de Educación, un duplicado, a menos que ya exista en poder del Gobierno o de algún instituto o museo colombiano. Tampoco podía sacarse ningún espécimen arqueológico, artístico, natural o histórico”*⁵².
- **Ley 94 de 1945**, *“Por la cual se hace una cesión al municipio de Cartagena y se establecen algunas prohibiciones”*. En su Artículo 1° señala: *“Desde la sanción de la presente Ley, Las autoridades no permitirán que sobre las murallas, bastiones o castillos coloniales de Cartagena, o adyacentes a ellos, se inicien o adelanten construcciones de ninguna naturaleza, a menos que se trate de indispensables obras de conservación de*

⁵¹ Ibid.,p. 204.

⁵² Ibid., p. 204

esos monumentos históricos o de las que transitoriamente requiera la defensa nacional” .Adicionalmente en el Parágrafo 1° señala que:“Las construcciones realizadas hasta ahora en esta forma, serán demolidas por las autoridades municipales de Cartagena.....”.

- **Ley 107 de 1946**, emitida un año después, amplió el ámbito de protección de la Ley 94 de 1945, declarando de utilidad pública, y nombrando como monumentos nacionales, todos los edificios y lugares que por su antigüedad o belleza arquitectónica o por su tradición histórica, merezcan ser conservados como patrimonio cultural. Además en su Artículo 3°, reitera que dentro del perímetro amurallado de Cartagena no se podrá realizar ninguna construcción, demolición o variación, sin la aprobación y reglamentación del gobierno.

3.2. CONFERENCIAS PANAMERICANAS

Las Nueve Conferencias Panamericanas, celebradas entre los años de 1898 y 1948, antecedente de la Organización de Estados Americanos (OEA), se constituyen como una fuente y marco de referencia importante para la creación, de legislaciones que tuvieran como fin, la protección y preservación del Patrimonio Cultural. En ellas se trataron temas tan significativos como: *“la protección de los archivos Españoles, el intercambio de índices y la reglamentación de las excavaciones arqueológicas”*

La séptima conferencia celebrada en Montevideo Uruguay, entre el 3 y el 26 de diciembre de 1933, es la más importante en el tema de la preservación del Patrimonio cultural, constituyéndose en la base para la creación de las legislaciones sobre este tema en los Estados Americanos. El 16 de diciembre del mismo año se aprueban las Resoluciones XIII: sobre Monumentos Inmuebles, y XIV: sobre la protección de Monumentos Muebles, que serán analizadas a continuación.

- **Resolución XIII, Protección a Monumentos Inmuebles**

Se consideran Bienes Culturales Inmuebles, para efectos de esta Resolución, aquel bien inmueble de gran valor arqueológico e histórico de las épocas precolombina y colonial; los bienes que estén íntimamente ligados con el periodo inicial de la organización de las Repúblicas; y las obras de la naturaleza, teniendo, los órganos legislativos, la posibilidad de conceder o negar la calificación.

Si observamos esta norma comparándola con leyes y Acuerdos Internacionales anteriores, encontramos que en estas, solamente se consideraban bienes inmuebles pertenecientes al Patrimonio Cultural, las esculturas, ornamentos, monumentos muebles e inmuebles que tuvieran un gran valor histórico y etnográfico característicos de las épocas colonial y precolombino; en cambio la definición señalada por la séptima conferencia panamericana, amplía el marco de protección incluyendo los objetos vinculados con la época de la independencia e inicios de la República. También se incorporan para su protección los bienes de la naturaleza, procurando un manejo con la misma importancia, a lo natural y lo cultural, tratándolos como una categoría única, generando algunos conflictos de competencia entre las autoridades ambientales y las culturales.

- **Resolución XIV, Monumentos Muebles y Ley 14 de 1936**

La Resolución XIV sobre la protección de Monumentos Muebles históricos fue suscrita en Bogotá el 14 de diciembre de 1935. Un mes más tarde y atendiendo a la recomendación dada por el mismo Tratado, el Congreso de la República de Colombia expide la ley 14 de 1936, *“Por la cual se autoriza al Poder Ejecutivo a adherir al Tratado sobre la protección de Muebles de Valor Histórico”*.

El objeto de ésta, es procurar la protección y preservación de todo monumento mueble perteneciente a las épocas Precolombina, Colonial, de la emancipación y de la República en cada uno de los Estados Partes, procurando la cooperación entre las Naciones para que contribuyan con su conocimiento, a la conservación y la protección de los bienes pertenecientes a cada País.

Se consideran Monumentos Muebles⁵³

“a) De la época Precolombina: Las armas de guerra, o utensilios de labor, las obras de alfarería, los tejidos, las joyas y amuletos, los grabados, diseños y códices, los equipos, los trajes, los adornos de toda índole y, en general, todo objeto mueble, que por su naturaleza o su procedencia, muestren que provienen de algún inmueble que auténticamente pertenece a aquella época histórica

b) De la época Colonial: Las armas de guerra, los utensilios de trabajo, los trajes, las medallas, monedas, amuletos y joyas, los diseños, pinturas, grabados, planos y cartas geográficos, los códices, y todo libro raro por su escasez, forma y contenido, los objetos de orfebrería, de porcelana, marfil, carey, los de encaje y, en general, todas las piezas recordatorias, que tengan valor histórico o artístico.

c) De la época de la Emancipación y de la República: los mencionados en el inciso anterior que corresponden a esta época.

d) De todas las épocas: 1. Las Bibliotecas Oficiales y de instituciones, las bibliotecas particulares valiosas tomadas en su conjunto, los archivos nacionales y las colecciones de manuscritos, oficiales y particulares, de alta significación histórica; 2. Como riqueza mueble natural los especímenes

⁵³ Ibid., p. 206.

zoológicos de especies bellas y raras que están amenazadas de exterminación o de desaparición natural, y cuya conservación sea necesaria para el estudio de la fauna.

En esta, como en la anterior resolución ya mencionada, podemos observar que se amplía igualmente el marco de protección, buscando preservar bienes muebles de gran valor, característicos de las épocas de la Emancipación y de la República.

Vale la pena anotar que si bien se amplía el ámbito temporal, tiene grandes limitaciones en cuanto el tipo de bienes a proteger, ya que se consideran bienes importantes para su preservación, **de todas las épocas**, los archivos, manuscritos y los bienes muebles de gran riqueza natural (especímenes zoológicos de especies bellas y raras amenazadas); en cambio para algunos tipos de bienes **no se amplía el ámbito temporal** tales como esculturas, ornamentos, armas de guerra, joyas, diseños, pinturas u otros bienes distintos de gran valor para la historia y para el arte de todas las épocas.

Esta Resolución regula la exportación e importación de bienes muebles de gran valor cultural, histórico y científico, e impide el tráfico ilícito, estableciendo los requisitos necesarios para su control. Señala a su vez, las sanciones y los procedimientos que debe realizar cada Estado Parte para lograr la repatriación. Siendo antecedente de la Convención que trata sobre las medidas necesarias para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales, aprobada en París, el 14 de Noviembre de 1970.

El artículo 2° establece:

“Para que estos monumentos puedan ser importados a alguna de las Repúblicas signatarias, las aduanas exigirán al importador los

documentos oficiales que autoricen la exportación del país de origen, cuando esta se aparte de este Tratado”.

Y el artículo 3° señala:

“Los países de origen establecerán la necesidad de un permiso ineludible de exportación para todos los monumentos muebles que sólo concederán en el caso de que queden en el país otros ejemplares iguales y de valor semejante al que trata de exportarse”.

El artículo 5° habla de la expatriación de los bienes muebles hacia su país de origen:

“Las Aduanas del país al que se pretendan importar monumentos muebles procedentes de un Estado signatario sin la autorización necesaria, decomisarán éstos, y los devolverán al Gobierno del país de donde procedan para la correspondiente sanción por la exportación ilícita”.

Otra disposición importante, es el artículo 4°, este, establece que los propietarios de algunos de los objetos declarados monumentos muebles solo gozaran del derecho real de usufructo, el cual solo será transmisible al interior del país de origen. Cada país se compromete a legislar en este sentido.

3.3. LEY 163 DE 1959. "Por la cual se dictan medidas sobre defensa y conservación del Patrimonio Histórico, Artístico y Monumentos Públicos de la Nación"; y su Decreto Reglamentario 263 de 1963

Mediante esta Ley, se creó el Consejo de Monumentos Nacionales adscrito al Ministerio de Educación, siendo, en ese entonces la Máxima instancia en materia de protección de Patrimonio. Cumpliendo las siguientes funciones⁵⁴:

- *“Otorgar licencias de restauración o adecuación de inmuebles.*
- *Imponer sanciones a quienes violasen las disposiciones sobre protección y conservación de inmuebles.*
- *Proponer al Gobierno nacional de nuevos sitios u objetos como Monumento Nacional.*
- *Autorizar la salida temporal del país de bienes del patrimonio cultural.*
- *Organizar el inventario de los bienes considerados patrimonio”⁵⁵.*

En el año de 1968, se crea el Instituto Colombiano de Cultura (Colcultura), reemplazando el Consejo de Monumentos. Ente descentralizado con autonomía administrativa y patrimonio independiente, conformado por tres dependencias: Subdirección de Patrimonio Cultural, Comunicación cultural y Bellas Artes. Estas instituciones cumplían con una de las tres funciones básicas asignadas al Instituto (Colcultura).

Pero esta norma no solo fue importante por la creación de instituciones (Consejo de Monumentos Nacionales, transformado luego en el Instituto Colombiano de Cultura (Colcultura)), sino por lograr avances tan importantes como la denominación conceptual de Patrimonio Histórico.

⁵⁴ Ibid., p. 206.

⁵⁵ Vale la pena aclarar que la autorización para otorgar licencias de exploraciones y/o excavaciones arqueológicas debían ser otorgadas por el instituto colombiano de antropología y no por el consejo de monumentos.

Toda la legislación Colombiana posterior a la Séptima Conferencia Panamericana ha conservado la tendencia “*genérica*” para la definición del Patrimonio. Tal como lo explica el Doctor Juan Luís Mejía⁵⁶:

“La definición del patrimonio mueble e inmueble es prácticamente la acordada en la Séptima Conferencia Panamericana, celebrada en Montevideo, en 1933. Desde entonces, toda la legislación ha conservado la tendencia “genérica”. Es decir, se incluyen una serie de bienes pertenecientes a determinada época y no a una descripción taxativa, rigurosa o individual como lo hacen otras legislaciones. Este tipo de definiciones viene a tener una gran trascendencia sobre todo en conflictos de repatriación de bienes de procedencia ilícita”.

- **Conclusiones**⁵⁷

- Esta Ley utiliza la denominación de patrimonio histórico, artístico y de monumentos públicos. No utiliza aún el concepto de “Patrimonio Cultural”. Pero dio un paso significativo con relación a las leyes anteriores que utilizaban la denominación de Monumentos Nacionales. Como se puede observar en el **Artículo 1º**:

“Declárense patrimonio histórico y artístico nacional los monumentos, tumbas prehispánicas y demás objetos, ya sean obra de la naturaleza o de la actividad humana, que tengan interés especial para el estudio de las civilizaciones y culturas pasadas, de la historia o del arte, o para las

⁵⁶ Ibid., p. 206.

⁵⁷ Estas conclusiones están basadas en el documento MEJÍA ARANGO. Legislación sobre el Patrimonio Cultural en Colombia, Op. cit., p.207-209.

investigaciones paleontológicas, y que se hayan conservado sobre la superficie o en el subsuelo nacional”⁵⁸.

- La norma, implícitamente, determina la existencia de la propiedad privada sobre el patrimonio histórico y artístico nacional por parte de los ciudadanos, contrario a lo establecido por la Conferencia Panamericana de Montevideo, donde el dueño del bien es el propio Estado y las personas pueden tener un derecho de usufructo sobre el mismo⁵⁹. Esta conclusión se deduce de lo establecido en los siguientes **Artículos**:

“Artículo 9º Las personas que en su poder tuvieren cosas de las comprendidas en el artículo 1, no podrán sacarlas del país sin el permiso previo del Consejo de Monumentos Nacionales. La omisión de esta formalidad hace decomisable el objeto por las autoridades aduaneras. Para los efectos de importación y exportación de los monumentos muebles de que trata el artículo ya citado, el Gobierno de Colombia se atenderá a lo dispuesto en los artículos 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, y 7º del Tratado Internacional, antes mencionado

Artículo 10º Los inmuebles y muebles comprendidos en esta Ley que pertenecen a particulares, podrán ser adquiridos por la Nación mediante compra. Caso de que esto no sea posible, podrán ser expropiados mediante los trámites legales”

⁵⁸ Ley 163 de 1959 artículo 1º, y su Decreto Reglamentario en su artículo 1º agrega, “*declárese los monumentos y objetos arqueológicos, como templos, sepulcros y sus contenidos, estatuas, cerámicas, utensilios, joyas, piedras labradas o pintadas, ruinas, etc., lo mismo que todos aquellos que tengan interés especial para el estudio de las civilizaciones y culturas pasadas, para la historia del arte y para el estudio científico y la conservación de las bellezas naturales*”

⁵⁹ Como podemos observar, si las personas naturales ó jurídicas solo tuvieran el derecho real de usufructo sobre el bien, estaría explícito dentro de los artículos que componen la Legislación, por tratarse de una norma especial. Además la norma también señala que el Estado solo sería dueño de los bienes muebles o inmuebles de alto valor cultural en el caso que los compre, reconociendo el carácter de señor y dueño al particular que posea el bien.

- Además se consideran como monumento inmueble y de importancia para su preservación *“las obras de la naturaleza de gran interés científico indispensables para el estudio de la flora y la geología”*. En virtud de esta disposición la ley 163 de 1959, en su artículo 5° señala: *“La Ley declara como Monumento Nacional la Sierra de la Macarena, ubicada en las Llanuras de la Orinoquía”*.
- En su Artículo 4° y parágrafo, declara como Monumento Nacional los sectores antiguos de las ciudades y poblaciones más relevantes del periodo Hispano: Tunja, Popayán, Guaduas, Cartagena, Mompox, Pasto, Santa Marta, Santa Fe de Antioquia, Mariquita, Cartago, Villa de Leyva, Cali, Buga, Bogotá, Socorro, San Gil, Pamplona, Rionegro, Marinilla y Girón, dando prioridad a las ciudades y monumentos de la *“época colonial”*. No protege sectores de ciudades con Monumentos Inmuebles de gran importancia de épocas posteriores a la Emancipación y principios de la República.

Artículo 4°.- *“Declárense como monumentos nacionales los sectores antiguos de las ciudades de Tunja, Cartagena, Mompox, Popayán, Guaduas, Pasto y Santa Marta (especialmente la Quinta de San Pedro Alejandrino, y las residencias de reconocida tradición histórica).*

Parágrafo.- *Para los efectos de la presente Ley se entenderá por sectores antiguos los de las ciudades de Tunja, Cartagena, Mompox, Popayán, Guaduas, Pasto, Santa Marta, Santa Fe de Antioquia, Mariquita, Cartago, Villa de Leyva, Cali, Cerrito y Buga. Las calles, plazas, plazoletas, murallas, inmuebles, incluidos casas y construcciones históricas, en los ejidos, inmuebles, etc., incluidos en el perímetro que tenían estas poblaciones durante los siglos XVI, XVII y XVIII”*.

Aunque la ley 163 de 1.959 y su Decreto Reglamentario 263 de 1963 fueron importantes por proteger y preservar el Patrimonio Cultural en el país, con el paso del tiempo se convirtieron en normas obsoletas, presentando serias lagunas y carencias en algunas materias relevantes.

Esta norma, por ejemplo, no contemplaba dentro de su normatividad el Patrimonio Subacuático, el Inmaterial y el Patrimonio Contemporáneo, quedando por fuera de cualquier regulación.

Para corregir estas notorias limitaciones, el Congreso de la República presentó cerca de seis proyectos de ley, pero fue necesario esperar hasta principios de los años noventa, cuando se reestructuro el Estado con la Constitución de 1991, para realizar una verdadera reforma a las normas sobre Patrimonio Cultural.

3.4. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, CARTA MAGNA DE 1991

La Constitución de 1886, vigente por más de 100 años, planteaba que el Estado Nación se sustentaba dentro de un modelo homogeneizador en pro de una identidad y una unidad nacional, excluyendo y desprotegiendo culturas o manifestaciones culturales que siempre han existido en el Territorio Colombiano y que tienen imaginarios y modos de vida distintos a la cultura predominante. En esa época se tenía la concepción de que cualquier otra cultura o etnia, se debía considerar incivilizada si no estaba de acuerdo con el proyecto político del Estado⁶⁰.

En el año de 1991 se crea una nueva Constitución, planteando lo que muchos historiadores, sociólogos, y Antropólogos, ya habían dicho *“la coexistencia de culturas dentro de un mismo Estado”*.

⁶⁰ Esta reflexión ya fue expresada en el primer capítulo de este trabajo.

La globalización y la lucha de trabajadores, artistas e investigadores por el reconocimiento de las culturas excluidas, fueron elementos necesarios para la transformación del Estado; pasamos de ser una nación que buscaba una identidad nacional, con una única cultura, a un Estado que aceptaba y luchaba por la Multiculturalidad de los pueblos que conforman el Territorio Colombiano.

En Colombia, el Estado debe ser, como lo establece la Constitución, democrático, participativo y especialmente pluralista, procurando espacios para que todos, cualquiera que sea su cultura y manera de ver el mundo, encuentren en la legislación oportunidades de expresión. Ello es posible, siempre y cuando el Estado construya políticas culturales, equitativas, responsables y respetuosas con la libertad de los individuos y de las comunidades.

El doctor Alberto Sanabria señala:

“Al reconocer que “la cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la Nacionalidad”, la Constitución Política de Colombia cambió diametralmente el concepto que se tenía de cultura, como un elemento accesorio y ornamental de la sociedad, como un divertimento elitista. Ahora la cultura bajó de la superficie para ser reconocida como la raíz misma, como la base o razón de ser de la nación colombiana, nación múltiple y diversa”.⁶¹ (...)

No podemos desconocer que la cultura es la base misma de todos los aspectos importantes que constituyen una Nación: lo político, lo económico, y lo social.

⁶¹ SANABRIA ACEVEDO, Op cit., p. 5.

En la actualidad, la cultura es un fenómeno que propicia desarrollo social y económico dentro de los países, y un elemento *“fundamental e insustituible de la construcción de la identidad nacional”*. De ello pueden dar cuenta las industrias culturales tales como: las cinematográficas, los medios de comunicación, los impresos, la música, el video, la Internet y el espectáculo.

Por ello es deber del Estado, según la Constitución de 1991, brindar las posibilidades para que⁶²: *“las voces divergentes, las diferentes maneras de ver e imaginar el mundo y de crearlo y de recrearlo, encuentren canales y oportunidades de expresión. Ahí el Estado y la sociedad tienen la obligación de construir una política cultural equitativa, responsable y respetuosa de la libertad”*.

¿Cuándo el Estado debe intervenir para lograrlo, y cuándo la intervención del mismo, puede violentar los derechos fundamentales del individuo a expresarse, y a poder participar dentro de los procesos y manifestaciones culturales?

Para responder es necesario hablar de los derechos culturales, encuadrados dentro de los derechos de segunda generación.

- **Derechos de Segunda Generación. Derechos Culturales**

La Constitución de 1991 declaró que los derechos culturales serían derechos de segunda generación, regulados en el capítulo II, del Título II en conjunto con los derechos económicos y sociales. Esto a pesar de que la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, consideró darle *“importancia de primer orden a los Derechos Culturales”* destinando un capítulo exclusivo para este tema.

“Es necesario reconocer que la Constituyente prefirió irradiar la carta con el espíritu de los derechos culturales, como se puede constatar desde el artículo 1° que reconoce el pluralismo como una de las características de

⁶² Ibid., p 7.

nuestra nación, hasta el artículo 55 transitorio, que ordenó al congreso expedir la ley de reconocimiento y protección a la identidad cultural, la forma de propiedad de la tierra y los derechos de las comunidades negras (ley 70 de 1993)”⁶³

- ¿Cuáles Son y Como Surgieron los Derechos de Segunda Generación?

Los derechos llamados de segunda generación (Derechos económicos, sociales y culturales), surgieron hacia finales de la Primera guerra Mundial, como lo podemos observar en la Constitución Mexicana, (Querétaro), en tratados internacionales como la Carta de la OIT, parte integrante del Tratado de Versalles (1919), en la Convención de la liga de las Naciones. Y fueron proclamados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948, en su declaración Universal de los Derechos Humanos.

Con este reconocimiento se identifican: la Carta de las Naciones Unidas (art. 55, apartados a y b); La declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Carta Interamericana de Garantías Sociales (1.948); El Convenio Internacional sobre Derechos Políticos y Civiles, (1966), el Convenio Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), la Convención Americana sobre Derechos Humanos, (1969), y la Carta Constitutiva de la Organización de los Estados Americanos, con las reformas de Buenos Aires y Cartagena, (1948, 1967,1985).

Muchos países, después de la Segunda Guerra Mundial, han incluido en sus Constituciones, los Derechos de Segunda Generación. Hoy estos derechos están tomando nueva dirección tratando de cuidar y proteger la diversidad cultural y la pluralidad de los pueblos.

⁶³ Ibid., p. 12.

Estos derechos de segunda generación se caracterizan porque son realizados a través del Estado, que actúa como instrumento para el bienestar de las personas de su jurisdicción, permitiendo que desarrollen al máximo sus facultades individual o colectivamente. A diferencia de los derechos de primera generación, donde se requiere abstención por parte del Estado. Alberto Sanabria Acevedo dice⁶⁴:

“Esta segunda generación de derechos humanos tiene como característica que los derechos que involucra (a diferencia de los civiles y políticos, {derechos de primera generación}) se realizan a través o por medio del Estado, que actúa así como instrumento para el bienestar de todas las personas dependientes de su jurisdicción, que les permitiera desarrollar al máximo sus facultades individual o colectivamente”.

Mas adelante señala:

“Asimismo los estados han reconocido a la cultura como fundamento principal de la democracia, entendiendo que sólo aceptando la diversidad y el establecimiento de mecanismos que garanticen la participación efectiva no sólo de los individuos sino de los pueblos y comunidades que conviven en un mismo país, en condiciones de equidad, pueden garantizar la supervivencia de los aparatos políticos”

Los derechos de segunda generación consagrados en los Artículos 22° y 28° de la Declaración Universal de los Derechos, implican la participación activa de los Estados, es decir, que tienen la obligación de brindar *“los medios materiales”* para garantizar la efectividad de los derechos y que permitan a su vez que los ciudadanos puedan exigir jurídicamente su efectividad.

⁶⁴ Ibid., p. 12.

○ Derechos Culturales.

Los derechos culturales, contemplados en nuestra Constitución de manera expresa o tácita, son los siguientes⁶⁵:

- *“El derecho a la identidad de los pueblos que conviven en el país;*
- *Los derechos relacionados con las comunicaciones;*
- *Los derechos de autor;*
- *Los derechos de participar y disfrutar del conocimiento, el arte, la ciencia, la tecnología y demás bienes y valores de la cultura propia y de otros pueblos;*
- *Así como los derechos y deberes relacionados con el patrimonio cultural y arqueológico, tangible e intangible”.*

Ante una transformación del Estado, haciendo tránsito de lo homogéneo a lo heterogéneo, se presupone un cambio en el papel de la cultura para ser considerada como *“fundamento de la nacionalidad”*; y el paso de lo uniforme a lo multicultural, hace necesaria una transformación de la definición del Patrimonio Cultural. En los artículos 8°, 63° y 72° de la Constitución Política de Colombia, se pueden observar estas alteraciones.

ARTICULO 8: *Es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación*⁶⁶.

Este artículo señala el deber que tienen, tanto el Estado como los ciudadanos de proteger y preservar las riquezas culturales y naturales de la Nación. Como puede verse la Constitución establece derechos y deberes, no solo al Estado

⁶⁵ SANABRIA ACEVEDO Op.cit., p. 12.

⁶⁶ Concordado con el artículo 95 numeral 8° de la Carta Magna,

sino también al ciudadano, para que este conozca, reconozca y disfrute los bienes culturales.⁶⁷.

El derecho del ciudadano no es solo el poder acceder a la cultura, sino, y mas importante aún, es que pueda contribuir en la creación de la misma, interviniendo en la definición de políticas y generando bienes culturales. Es decir, el participar en una cultura no es solo disfrutar de sus bienes, es el derecho a enriquecerla, a transformarla, e influir activamente en los procesos que fijan el rumbo cultural del Estado.

Los Artículos 63° y 72°, tratan el tema de la inembargabilidad, imprescriptibilidad e inalienabilidad, es decir, los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, y el patrimonio arqueológico de la Nación y todos aquellos bienes culturales tangibles e intangibles que hacen parte del patrimonio cultural, que están bajo la protección del Estado o que pertenezcan a la nación, son bienes inembargables, imprescriptibles e inalienables. También señala que es deber del Estado readquirir aquellos bienes que se encuentren en manos de particulares, y reglamentar los derechos especiales de los grupos étnicos que están asentados en territorios de riqueza arqueológica.

Otros Artículos que encontramos dentro de la Constitución importantes para los derechos culturales son:

El Artículo 2° en el cual podemos destacar: *“facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan (...). Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades”*.

⁶⁷ El deber de cuidado que tienen los ciudadanos con respecto al Patrimonio Cultural, se encuentra dentro de las normas denominadas derechos colectivos; por lo tanto estos derechos están sujetos a las acciones populares encaminadas para su protección, Artículo 88 de la Constitución política, reglamentado por la Ley 472 de 1998.

El Artículo 7°, establece que *“El Estado reconoce la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”*.

El Artículo 10° da reconocimiento a las lenguas y dialectos de los grupos étnicos como lenguas oficiales en sus territorios y establece que la enseñanza en dichos territorios será bilingüe.

El Artículo 68°, relacionado con los establecimientos educativos dispone en uno de sus apartes que:

“Los integrantes de los grupos étnicos tendrán derecho a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural”

Y el Artículo 310°, relacionado con la regulación del departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina dispone:

“Se podrá limitar el ejercicio de los derechos de circulación, residencia, establecer controles en la densidad de la población, regular el uso del suelo y someter a condiciones especiales la enajenación de bienes inmuebles con el fin de proteger la identidad cultural de las comunidades nativas y preservar el ambiente y los recursos naturales del archipiélago”

Finalmente el artículo 333° establece que la ley reglamentará y delimitará el alcance de los derechos económicos individuales cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

3.5. ANÁLISIS DE LA LEY 397 DE 1997, LEY GENERAL DE CULTURA

3.5.1. ANTECEDENTES DE LA LEY

Siete proyectos de Ley para reformar y actualizar las leyes y reglamentos vigentes dentro del Ordenamiento Jurídico, que regulaban el Patrimonio Cultural de nuestro país, fueron presentados ante el Congreso de la República, pero ninguno de estos proyectos pasó. Entretanto, la Ley 163 de 1959 y su Decreto Reglamentario después de cuatro décadas de regular el tema del

patrimonio cultural, ya no estaban cumpliendo con sus objetivos, no respondían a las transformaciones del concepto de patrimonio y eran obsoletos para el manejo de algunos temas; tanto que a veces era mejor su no aplicación.

Como podemos observar, y como lo mencionamos en capítulos anteriores, dicha Ley no incluía el Patrimonio Inmaterial, el Patrimonio Subacuático, ni el Patrimonio Contemporáneo, como parte integrante del patrimonio cultural de la nación. Temas que fueron desarrollados por la Constitución de 1991 en algunos de sus artículos. Adicionalmente se presentaron otros hechos que demostraron la necesidad de un cambio legislativo de fondo.

Acontecimientos internacionales tales como: Las Declaraciones y Recomendaciones de la ONU, UNESCO, y la OEA, y sucesos internos como: La aparición de nuevas formas de pensar las instituciones en el país, las luchas de las minorías étnicas, los movimientos campesinos, las voces de trabajadores, investigadores sociales, (antropólogos, historiadores y sociólogos), trabajadores del arte y la cultura, así como los defensores de los derechos humanos, y las demandas de reconocimiento de los pueblos indígenas; indicaban la diversidad étnica y coexistencia de culturas dentro de un mismo Estado⁶⁸, señalando la necesidad de crear leyes y/o actualizar las vigentes dentro del Ordenamiento Jurídico⁶⁹.

El Señor Ramiro Osorio impulsó un proyecto de Ley ante el Congreso para la realización de un **Código de la actividad Cultural** en el Plan Nacional de Cultura 1992-1994. Este consistía en la recopilación de las normas vigentes y su actualización a la luz de la Constitución de 1991, además de reglamentar los nuevos derechos en el ámbito cultural que surgieron con la Nueva Carta.

⁶⁸ “Los movimientos sociales impulsaron procesos de reconocimiento y valoración de ancestrales formas de ver y expresar el mundo”. MEJIA ARANGO, Comentarios sobre los derechos culturales en América Latina, Op. cit., p 111

⁶⁹ SANABRIA ACEVEDO, Op. cit., p 18.

En el año de 1994, se decidió entonces la creación de una Ley de Cultura, pero cuando se presentó el proyecto de ley ante el Congreso ya existían otros proyectos en marcha; estos son:

- **“Reforma de la Ley de Patrimonio”**, elaborado por Colcultura con Juan Carlos Esguerra;
- **“Proyecto de Culturas Vivas”**, para el fomento de la creación artística, elaborado por Ciro Angarita y Maria Teresa Garcés;
- Proyecto de Ley para la transformación de Colcultura en un Ministerio de Cultura, presentado por el entonces representante y después Senador Manuel Cépeda Vargas.

Existía además, la necesidad de poner en práctica todos los principios consagrados por la nueva Constitución dentro de las leyes de Patrimonio Cultural. El Gobierno decidió entonces unificar los proyectos en uno solo, naciendo así La Ley General de Cultura (Ley 397 de 1997).

Esta Ley fue aprobada en agosto 7 de 1.997 después de varios intentos frustrados durante dos períodos presidenciales. El proyecto se presentó con ponencia del Senador Jaime Dussán, y como promotora del Proyecto final, la Directora de Colcultura Isadora de Norden. Además de desarrollar el tema de los derechos culturales, creó el Ministerio de Cultura, organismo coordinador de la política cultural en el ámbito nacional. En el proyecto de ley, se presentaron para su aprobación 140 artículos, siendo aprobados 70, es decir, más de 70 artículos fueron eliminados de la Ley General de Cultura.

Esta Ley se divide en los siguientes títulos:

- Principios fundamentales y definiciones;
- Patrimonio Cultural de la Nación;
- Del fomento y los estímulos a la creación, a la investigación y a la actividad artística y cultural;
- De la gestión cultural y;

- Régimen de Transición.

El tema que interesa para este trabajo es el que se encuentra regulado en el Título II: **Patrimonio Cultural de la Nación**, acogiendo como definición la misma establecida por la Unesco:

“El patrimonio cultural de la Nación está constituido por todos los bienes y valores culturales que son expresión de la nacionalidad colombiana, tales como la tradición, las costumbres y los hábitos, así como el conjunto de bienes inmateriales y materiales, muebles e inmuebles, que poseen un especial interés histórico, artístico, estético, plástico, arquitectónico, urbano, arqueológico, ambiental, ecológico, lingüístico, sonoro, musical, audiovisual, fílmico, científico, testimonial, documental, literario, bibliográfico, museológico, antropológico y las manifestaciones, los productos y las representaciones de la cultura popular”⁷⁰.

Dentro de las políticas culturales se deberá proteger, rehabilitar y divulgar dicho patrimonio, para que sirva como testimonio de la identidad cultural, tanto en el presente como en el futuro, siendo el Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Cultura y previo concepto del Consejo de Monumentos, el responsable de la declaratoria y del manejo de los monumentos nacionales y de los bienes de interés cultural de carácter nacional.

El Consejo de Monumentos Nacionales tiene el deber de asesorar al Gobierno Nacional en el tema de la protección y el manejo del patrimonio cultural de la Nación.

El patrimonio cultural de la Nación, está conformado por:

El **Patrimonio Arqueológico** constituido por: todo bien mueble o inmueble originario de culturas desaparecidas o de la época colonial; los restos humanos u orgánicos relacionados con esas culturas; los elementos geológicos y

⁷⁰ Artículo 4°, Ley 397 de 1997, Ley General de Cultura

paleontológicos relacionados con la historia del hombre y sus orígenes; y por último, hacen parte del patrimonio arqueológico, todo bien mueble e inmueble representativo de la tradición e identidad cultural perteneciente a las comunidades indígenas actualmente existentes declarados por el Ministerio de Cultura⁷¹.

El Patrimonio Cultural Sumergido compuesto por: Las ciudades o cementerios de grupos humanos desaparecidos; restos humanos; las especies náufragas constituidas por las naves y su dotación y demás bienes muebles yacentes dentro de éstas, o diseminados en el fondo del mar que se encuentren en el suelo o subsuelo marinos de las aguas interiores, el mar territorial, la plataforma continental, o zona económica exclusiva, cualesquiera que sea su naturaleza o estado y la causa o época del hundimiento o naufragio. También hacen parte del patrimonio cultural sumergido los restos o partes de embarcaciones, dotaciones o bienes que se encuentren en circunstancias similares⁷².

El Patrimonio bibliográfico, hemerográfico, documental y de imágenes en movimiento: Es deber del Ministerio de Cultura y del Ministerio del Interior⁷³ reunir, organizar, incrementar, preservar, proteger, registrar y difundir el patrimonio bibliográfico, hemerográfico y documental de la Nación sostenido en diferentes soportes de información. Así mismo el Ministerio Cultura, debe velar por la recuperación, conservación y preservación del patrimonio colombiano de imágenes en movimiento⁷⁴.

Es importante destacar que la Ley en su Título II no trae un artículo que defina y regule de manera específica el patrimonio inmaterial, como sucede con otros

⁷¹ Artículo 6° Ley 397 de 1997, Ley General de Cultura.

⁷² Artículo 9° Ley 397 de 1997, Ley General de Cultura.

⁷³ Hoy Ministerio del Interior y de Justicia.

⁷⁴ Artículo 12° Ley 397 de 1997, Ley General de Cultura.

componentes del patrimonio cultural, listados anteriormente. Sin embargo dentro de la definición de patrimonio cultural de la Nación desarrollado en los artículos 4°, 6° y 13° se hace mención la importancia de este patrimonio en distintos aspectos que desarrollaremos mas adelante.

Por último, esta ley señala la importancia del registro de patrimonio como un instrumento importante para la conservación y control del patrimonio cultural. Siendo responsabilidad de la Nación a través del Ministerio de Cultura y de las entidades territoriales la creación del registro nacional, su reglamentación y la definición de las categorías de protección aplicables a los diversos tipos de bienes registrados. Las entidades territoriales remitirán periódicamente al Ministerio de Cultura sus respectivos registros para que sean incluidos dentro del Registro Nacional del patrimonio cultural⁷⁵.

El Título II (**Patrimonio Cultural de la Nación**) presenta las siguientes novedades o transformaciones:

- Se incluye, en la definición de patrimonio cultural de la Nación, el Patrimonio Inmaterial, el Subacuático y el Lingüístico, ya que la diversidad cultural también abarca la multiplicidad lingüística. En nuestro país se hablan, aparte del castellano, otros idiomas tales como: El inglés de San Andrés, y las lenguas de los pueblos Indígenas.
- Contiene otros criterios que ayudarán a determinar si un bien mueble o inmueble es un Bien Patrimonial. Estos son: El criterio urbano, el ecológico y el ambiental, teniendo el Estado la posibilidad de considerar como Patrimonio Cultural el espacio público.
- Y por último se legisla en este capítulo sobre *“La producción contemporánea y los bienes de interés sonoro, musical, audiovisual y*

⁷⁵ Artículo 14° Ley 397 de 1997, Ley General de Cultura.

filmico, con lo cual la noción de patrimonio deja de identificarse exclusivamente con lo arqueológico y con lo Monumental”⁷⁶.

- **Otros Temas Importantes para el Patrimonio Cultural**

Algunos artículos circunscritos en otros títulos e importantes porque regulan temas relacionados con la protección del patrimonio cultural de la Nación son: El artículo 56° del Título III, señala la posibilidad que tienen los propietarios de bienes muebles e inmuebles de valor patrimonial, para deducir de su declaración de renta, la totalidad de los gastos en que incurran para su mantenimiento y conservación, sin que estos guarden alguna relación de causalidad con la actividad productora de renta. En el caso de los bienes inmuebles se requiere autorización previa por parte del Ministerio, y debe presentarse un proyecto de adecuación de los mismos.

Los Artículos 17° y 18° del Título III disponen incentivos y estímulos que deben otorgarse a los artistas *“integrantes de las comunidades locales en el campo de la creación, la ejecución, la experimentación, la formación y la investigación a nivel individual y colectivo”,* para la promoción y difusión internacional y para fomentar el dialogo y la expresión libre de las diferentes culturas.

- **“Artículo 17°. Del fomento.** *El Estado a través del Ministerio de Cultura y las entidades territoriales, fomentará las artes en todas sus expresiones y las demás manifestaciones simbólicas expresivas, como elementos del dialogo, el intercambio, la participación y como expresión libre y primordial del pensamiento del ser humano que construye en la convivencia pacífica.*
- **Artículo 18°. De los estímulos.** *El Estado, a través del Ministerio de Cultura y las entidades territoriales, establecerá estímulos especiales y*

⁷⁶ SANABRIA ACEVEDO, Op cit., p 21-22.

promocionará la creación, la actividad artística y cultural, la investigación y el fortalecimiento de las expresiones culturales. Para tal efecto establecerá entre otros programas, bolsas de trabajo, becas, premios anuales, concursos, festivales, talleres de formación artística, apoyo a personas y grupos dedicados a actividades culturales, ferias, exposiciones, unidades móviles de divulgación cultural, y otorgará incentivos y créditos especiales para artistas sobresalientes, así como para integrantes de las comunidades locales en el campo de la creación, la ejecución, la experimentación, la formación y la investigación a nivel individual y colectivo en cada una de las siguientes expresiones culturales.”⁷⁷

3.5.2. PATRIMONIO CULTURAL E INMATERIAL EN LA LEY GENERAL DE CULTURA

El patrimonio inmaterial se encuentra regulado en el Título II, artículos 4°, 6° y 13°

El artículo 4° define los bienes que conforman el patrimonio cultural, entre ellos están los valores que son expresiones de la nacionalidad colombiana, tales como la tradición, las costumbres y los hábitos que hacen parte de la identidad cultural de las comunidades y por lo tanto del patrimonio inmaterial.

El artículo 6° dispone que también podrán formar parte del patrimonio, los bienes muebles e inmuebles representativos de la tradición e identidad cultural pertenecientes a las comunidades indígenas que actualmente existen, que sean declarados como tal por el Ministerio de Cultura, a través del Instituto Colombiano de Antropología (ICANH), y en coordinación con las comunidades indígenas.

⁷⁷ En la Ley se listan las 15 actividades que se promueven

En este Artículo se puede observar que al considerar como parte integrante del patrimonio arqueológico los bienes muebles e inmuebles representativos de la tradición e identidad cultural pertenecientes a las comunidades indígenas, se está tácitamente reconociendo, valor al patrimonio inmaterial de las mismas comunidades, y al patrimonio material e inmaterial contemporáneo.

El artículo 13° establece que ante una excavación arqueológica en una zona donde se encuentren asentados grupos étnicos, estos conservaran los derechos sobre el patrimonio arqueológico que efectivamente estuvieren ejerciendo. Además el Estado garantizará los derechos de autoría colectiva de los grupos étnicos apoyando los procesos de etno-educación, y estimulará la difusión de su patrimonio a través de los medios de comunicación, con el fin de proteger lenguas, tradiciones, saberes, usos y costumbres.

Como puede verse en esta descripción de la legislación sobre patrimonio cultural en Colombia, el tema del patrimonio inmaterial, tiene muy poco peso en el conjunto de las regulaciones sobre el tema.

3.5.3. OTRAS LEYES QUE TIENEN RELACIÓN CON LA REGULACIÓN DEL PATRIMONIO INMATERIAL

Las únicas leyes que en Colombia han legislado o reglamentado sobre el tema del patrimonio cultural inmaterial, aparte de lo regulado por la Ley 397 de 1997, son: Ley 70 de 1993 relacionada con los derechos de las comunidades negras, y Ley 47 de 1993 que regula el funcionamiento del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, atendiendo a sus condiciones geográficas, culturales, sociales y económicas.

Estas normas fueron creadas en pro de la diversidad cultural del territorio Colombiano, buscando regular los derechos de las comunidades étnicas, plasmados en la constitución.

- **Ley 47 de 1993**

Fue creada con el fin de *“dictar normas especiales para la organización y el funcionamiento del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina”*, y permitir el desarrollo de estos territorios dentro del marco de la Constitución, atendiendo a sus condiciones geográficas, culturales, sociales y económicas.

Dentro de las normas culturales que esta ley regula está el artículo 42°, estableciendo que en el Departamento Archipiélago son idiomas oficiales el castellano y el inglés, idioma propio de las comunidades nativas del Archipiélago. Por lo tanto *“la enseñanza que se imparta dentro del Departamento Archipiélago deberá ser bilingüe, castellano e inglés con respeto hacia las tradicionales expresiones lingüísticas de los nativos del Archipiélago”*⁷⁸

El Capítulo VIII, por su parte, regula el tema del Patrimonio Cultural del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, correspondiendo a la administración de éste, el fomento, la protección, preservación y recuperación de los bienes culturales tangibles que constituyen el patrimonio cultural de este Departamento. Serán integrantes de su patrimonio cultural, los bienes con significación especial por el arraigo de pertenencia a la comunidad del Archipiélago y por su valor para conformar la cultura departamental.

Por último es importante destacar que cualquier construcción de bienes inmuebles realizada en el Departamento Archipiélago, podrá hacerse siempre y cuando se conserve su arquitectura nativa. Los bienes culturales que conforman el patrimonio cultural del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina pueden ser de propiedad pública o privada.

- **Ley 70 de 1.993**

⁷⁸ Artículos 42° y 43° Ley 47 de 1993.

Creada el día 27 de agosto de 1993, en pro del desarrollo de los derechos de las comunidades étnicas, plasmados en la Constitución de 1991 y del reconocimiento hacia la diversidad cultural en el territorio colombiano; buscando la protección de los derechos colectivos como comunidades étnicas, y el respeto a la integridad y dignidad de la vida cultural de estas comunidades.

Por ende establece mecanismos para la protección de la identidad cultural y el fomento de su desarrollo económico y social, con el fin de garantizar que estas comunidades obtengan condiciones reales de igualdad y de oportunidades frente al resto de la sociedad colombiana.

En los artículos del 32° al 35° dispone que la educación que se imparta dentro de estas comunidades debe estar acorde con sus necesidades y aspiraciones etno-culturales, teniendo en cuenta, dentro de los procesos educativos, temas de gran interés como el medio ambiente, el proceso productivo y toda la vida social y cultural, su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores, sus formas lingüísticas y dialectales y todas sus demás aspiraciones sociales, económicas y culturales.

En consecuencia, los programas curriculares asegurarán y reflejarán el respeto y el fomento de su patrimonio económico, natural, cultural y social, sus valores artísticos, sus medios de expresión y sus creencias religiosas, siendo esencial que los programas educativos sean desarrollados y aplicados en cooperación con las comunidades negras.

Claramente estos artículos están orientados a la protección del patrimonio inmaterial de las comunidades negras que son altamente representativas en este país.



CARTAGENA DE INDIAS COLOMBIA © UNESCO/Quito

4. EJEMPLOS DE INSTRUMENTOS PARA LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO INMATERIAL

*"El mundo así globalizado es un orbe
impío, sin patriotismo, sin cultura,
sin tradición, sin memoria, con oro,
con guardaespaldas, con úlcera"*

Arturo Guerrero

Desde hace algún tiempo, la sociedad contemporánea ha alcanzado conciencia de la importancia de tomar una postura activa frente a los hechos que están amenazando la vida del planeta, la del ser humano y por ende la identidad, cultura y patrimonio inmaterial de las comunidades. Existen cuatro tipos de instrumentos utilizados por algunos Estados, que buscan su protección y preservación, ante el inminente paso del tiempo, la Globalización, la migración de personas, etc. Estos son:

- De orden económico
- Inventarios y registro
- Divulgación
- Protección de Propiedad Intelectual

En este capítulo se desarrollará cada uno de ellos, ilustrándolos con ejemplos de lo establecido en diferentes países y Acuerdos o Convenciones

Internacionales. En el primer numeral se recogen, a través de ejemplos, instrumentos utilizados en algunos países y lo establecido por la Convención de la UNESCO de 2003 en lo que respecta a la divulgación. En el segundo numeral se desarrolla lo relativo a la Propiedad Intelectual, que a su vez se subdivide en tres subtemas o aspectos, a saber: Las legislaciones sui generis, la normatividad de Brasil y Perú, basadas en la convención sobre la diversidad biológica y la protección del patrimonio inmaterial mediante los sistemas actuales de propiedad intelectual y derechos de autor

4.1. FORMAS DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO INMATERIAL

4.1.1. INSTRUMENTOS DE ORDEN ECONÓMICO

La primera actividad de producción que realiza el hombre, desde los mismos orígenes de la especie humana, es la producción artesanal, la cual se caracteriza por un tratamiento respetuoso de las fuentes y recursos naturales de las que se nutre. Ésta se diferencia de la producción en serie porque:

- Los artesanos y las comunidades artesanales, por lo general, velan porque no se agoten los recursos que le garantizan la continuidad de su trabajo.
- Es posible entrelazar esta actividad con otras producciones humanas y con las tradiciones y costumbres del pueblo donde se habita.
- Las técnicas y las habilidades que intervienen en el proceso de creación tienen muy poca modificación o evolución a través del tiempo, por medio de

la incorporación de la ciencia y la técnica, como si sucede con los procesos técnicos de la producción en serie, típica de la Revolución Industrial.

Lo anterior se resalta en el artículo **“LA ARTESANÍA: IDENTIDAD Y PATRIMONIO CULTURAL DE LOS PUEBLOS”**⁷⁹, que señala:

“Las artesanías se entrelazan con otras creaciones de las tradiciones y costumbres populares que constituyen formas sincréticas desarrolladas por comunidades, grupos étnicos y hasta poblaciones que abarcan amplias regiones geográficas, formando parte de las expresiones identitarias de los pueblos. Por otra parte en la creación artesanal interviene el dominio de determinadas técnicas y habilidades manuales que pueden conservarse con muy poca modificación a través del tiempo o evolucionar e incorporar los avances de la ciencia y la técnica”.

La producción artesanal se ve desplazada, tras la llegada de la Revolución Industrial y con la creación de la producción en serie. Este nuevo método de producción ocasiona el agotamiento desmesurado de los recursos y la pérdida de *“la unidad entre lo estético y lo útil que le era inherente”*.⁸⁰

⁷⁹ **LA ARTESANÍA: IDENTIDAD Y PATRIMONIO CULTURAL DE LOS PUEBLOS**
http://www.lacult.org/docc/Documento_Trinidad.doc p. 4, (Citado 28 Diciembre 2006).

⁸⁰ “Los ingleses John Ruskin (1819-1900) y William Morris (1834-1896) criticaron los efectos enajenantes que la sociedad capitalista y el desarrollo de la producción industrial estaban generando en la sociedad desde el siglo XIX y culparon a este tipo de producción como la causa del desarrollo caótico del surgimiento de las ciudades y de los barrios obreros marginales. Según estos pensadores, la sociedad requería de una planificación que fuera capaz de retribuir al hombre su condición humana no sólo en relación con el proceso de producción, sino también con su necesidad de plasmar los valores estéticos en todos los ambientes y objetos que rodean su vida social y donde las artesanías ocupaban un lugar primordial”. Ibid., p.3-4.

Sin embargo, el oficio artesanal aun continúa en Sociedades Pre-industriales y en países donde esta labor se considera importante para la economía de un Estado. Adicionalmente es una muestra de la identidad de las Naciones, o de procesos culturales que encontramos dentro de un País.

Japón fue pionero en crear, a principios de 1950, un sistema llamado “*Tesoros Nacionales Vivientes*”. Consiste en otorgar una distinción especial para aquellos individuos que posean en sumo grado las habilidades y técnicas necesarias para: 1) Producir determinados elementos de la vida cultural de un pueblo, 2) Para la enseñanza de su arte a las próximas generaciones, logrando así contribuir a mantener la existencia de su patrimonio cultural inmaterial. Para dicho fin Japón les otorga una ayuda económica. Hasta el momento son más de 52 individuos y 23 colectivos, quienes llevan el nombre de “Tesoros Nacionales Vivientes”.

Varios países han seguido el ejemplo de Japón, el primero en hacerlo fue la República de Corea en el año de 1964, luego en 1973 el país Filipino, mediante Decreto Presidencial, crea la categoría de “*Artistas nacionales*”, le sigue Tailandia que adoptó este reconocimiento para su país en el año de 1985, por último continuaron con este proyecto los países de la República Checa, Bulgaria, Francia y Rumania.

Rumania, a diferencia de otros países, otorga un reconocimiento económico a numerosos artistas folclóricos de excepcional valor para que preserven las tradiciones del país, según su especialidad.

Francia, crea la figura «*Maître d'art*», dándole un nuevo reconocimiento a 20 creadores, Artesanos y Artistas que se destacan por su destreza y por sus conocimientos, tales como:

- Fabricación de instrumentos
- Estampas y libros
- Teatro, música y danza
- Construcciones
- Textiles y moda
- Artes de la tierra y el fuego
- Artes mecánicas
- Maderas y muebles
- Metal
- Bisutería y orfebrería

Por su parte, la distinción otorgada por Japón no solo se limita a la labor artesanal, también es un reconocimiento a las artes y espectáculos. De este premio podemos destacar los otorgados a los teatros Nohgaku, Bunraku y Kabuki, al igual que la música de corte Gagaku, siendo ejemplo del reconocimiento hacia las artes; mientras que en las técnicas tradicionales podemos ver que entre las distinciones se encuentran *“la preservación de la*

cerámica, tejidos, el trabajo de la laca, de maderas y de bambú y el grabado sobre marfil". Para tal fin en Japón, al igual que en Las repúblicas de Corea y de Filipinas, se promulga una Ley General, abarcando tanto la protección de los bienes materiales como de los inmateriales⁸¹.

Aunque existen diferencias entre cada una de las formas legislativas y en el nombre de la distinción a otorgar a maestros y artesanos⁸², si es claro que todas cumplen un mismo objetivo: reconocer la labor realizada por aquellos individuos que poseen grandes habilidades y cuentan con las técnicas necesarias para la producción de los elementos característicos del patrimonio inmaterial de su país, para que den testimonio de las tradiciones, de su cultura, y fomentar mediante "*apoyos económicos*" la transmisión de los conocimientos, las destrezas y habilidades de los grandes maestros a las siguientes generaciones.

Ahora bien, con el propósito de promover y tomar medidas para toda la comunidad internacional, la República de Corea propone, en 1993, durante la reunión 142ª del Consejo Ejecutivo de la UNESCO, la creación de un programa

⁸¹ La República de Filipinas no solo promulgo una ley en la que crea "*El sistema de Tesoros Nacional Viviente*", sino que también publicó una ley en la que designa o crea el organismo que será encargado de la gestión y protección del sistema.

LA ARTESANÍA: IDENTIDAD Y PATRIMONIO CULTURAL DE LOS PUEBLOS.. p 4. http://www.lacult.org/docc/Documento_Trinidad.doc, (citado 5 septiembre 2006)

⁸² Cada país le pone el nombre al sistema que más se acomode a sus necesidades, por ejemplo en Tailandia no se utiliza el nombre de "*Tesoros Nacionales Vivientes*", sino el término de "*Artista Nacional*", y otros como es el caso de Francia, optan por darle al sistema un título específico correspondiente a un "*dominio particular del patrimonio cultural inmaterial*", esto debido a que es difícil, para algunos países delimitar el campo de acción en el que va a operar el sistema, por lo tanto se les otorga a los honrados con dicha distinción, el título de "*Maestros de Arte*", reconociéndolos como "*Conservador de la tradición de las artes y oficios populares*".

llamado, *“Tesoros Humanos Vivos”*, teniendo como principal objetivo reglamentar **en forma definitiva y para toda la comunidad internacional, las distinciones ya establecidas por el Japón y otros países, y ser un paso esencial para la protección del patrimonio inmaterial.** A este respecto la UNESCO señala⁸³:

“Uno de los medios más eficaces para llevar a cabo la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial consiste en garantizar que los detentadores de dicho patrimonio prosigan con el desarrollo de sus conocimientos y técnicas y las transmitan a las generaciones más jóvenes. Teniendo esto presente, los detentadores del patrimonio deben ser identificados y gozar de reconocimiento oficial. Esta es la razón por la que la UNESCO propone que los Estados Miembros establezcan sistemas de “Tesoros Humanos Vivos”.

Quienes sean honrados con el título de *“Tesoros Nacionales Vivientes”*, deben ser artesanos o personas con un excepcional talento en distintos quehaceres de la vida cultural de un pueblo, que pueden dar testimonio de las tradiciones culturales vivas y del talento creativo presentes en su territorio. Las personas que merecen esta distinción según lo establecido en cada país deberán recibir además una renta para que puedan dedicarse a la enseñanza de sus

⁸³ UNESCO, Directrices para la creación de sistemas nacionales de “Tesoros Humanos Vivos” [Documento electrónico] s.l.: UNESCO s.f (Citado: 13 de junio de 2006) http://portal.unesco.org/culture/es/file_download.php/cff0036041f1756b963ca0728d33a800guidelineslht_e_s.pdf

conocimientos, destrezas y técnicas a las próximas generaciones, y evitar que estas tradiciones desaparezcan⁸⁴.

Es importante que otros países al establecer este instrumento, se ciñan a los lineamientos de la UNESCO para la creación del sistema de Tesoros Humanos Vivos y a la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de 2003.

4.1.2. INVENTARIOS Y REGISTRO. EL CASO DE BRASIL

Buscando proteger y preservar el patrimonio inmaterial, la República de Brasil, creó y reguló el mecanismo de inventarios y registro, mediante Decreto 3551 de 2.000, teniendo como objetivo principal instituir el registro de bienes de naturaleza inmaterial que constituyen el patrimonio cultural brasileño. Antes de la promulgación de este Decreto, varias instituciones y normas, fueron creadas con el objetivo de preservar el patrimonio cultural de naturaleza material e inmaterial en dicho país.

- **EI IPHAN**

La protección del patrimonio histórico y cultural de la República del Brasil inició en el año de 1937 con la creación del Instituto de Patrimonio Histórico y

⁸⁴ FLOREZ PAMELA. Plan decenal de salvaguarda y protección del carnaval: un ejercicio de la ciudadanía: [documento electrónico], Universidad Norte: Barranquilla, 08, 12/MMIV-04,08,12/MMV.(citado 13 junio 2006) huellas 71,.72,73,74 y 75.
<<http://www.uninorte.edu.co/publicaciones/upload/huellas/huellas7475.pdf>> ISSN 0120-2537.

Artístico Nacional (IPHAN) siendo la primera institución gubernamental que se crea para la preservación y protección del Patrimonio Cultural en este país.

El anteproyecto que dio origen a esta institución, presentado en el año de 1936, fue liderado por el Poeta Mario Andrade⁸⁵. Este documento señala que el patrimonio cultural de Brasil no está compuesto solo por los monumentos y las obras de arte, sino también por otros bienes culturales, siendo esta, la primera vez que en esta Nación, se menciona el Patrimonio Inmaterial, como un Bien cultural, objeto de protección.

Durante más de cuarenta años, las discusiones y críticas presentadas a dicha institución eran sobre el tema de las limitaciones al derecho de propiedad y al uso de bienes protegidos por el Estado, pero nunca se orientaron a reclamar el porque otros bienes de interés cultural no eran protegidos, entre ellos los inmateriales, legitimando así el statu quo vigente desde la aprobación del Decreto Ley N° 25 del 30 de noviembre de 1937.

Durante los años cincuenta y sesenta, en Brasil se presentó el fenómeno de la homogeneización y del “*achicamiento*” cultural, aceptando o tomando como principal motor y base de toda norma, aquellos valores que provenían de la cultura oficial referida a un pasado “*muerto*”, que era museificado, fenómeno

⁸⁵ Mario Andrade también es un precursor de la creación de inventarios y de registros en el Brasil, ya que durante esos mismos años llevó a cabo expediciones por el Nordeste Brasileño, recopilando vasto material audiovisual sobre danzas y ritmos populares de la región. Toda esta información se puede encontrar en la “*Discoteca Oneyda Alveranga en Sao Paulo*”. Es importante destacar que la labor llevada a cabo por el Señor Mario Andrade, busca no solo proteger las manifestaciones culturales que surgen durante la época precolombina, colonial y de la república, sino que también menciona aquellas categorías de arte amerindio y popular.

que predominó durante mucho tiempo en Latinoamérica. Por el contrario aquellos valores que provenían de la industria, de la modernización, de la tecnología y del mercado, eran sumamente criticados y rechazados.

A mediados de los años setenta el IPHAN fue objeto de varias evaluaciones realizadas por personas vinculadas a actividades “modernas”, como el diseño, la industria y la informática logrando cambios importantes tales como la introducción en el “*vocabulario de las políticas culturales, la noción de “referencia cultural”*”⁸⁶.

Adicionalmente en dichas evaluaciones se discutieron todos los temas que hasta el momento no habían sido tenidos en cuenta, por ejemplo: “*quien era la autoridad competente para seleccionar lo que debía ser preservado; a partir de que valores; en nombre de qué intereses y de que grupos*”, poniendo de relieve la dimensión social y política de una actividad que acostumbra a ser vista como eminentemente técnica, teniendo en cuenta que el Patrimonio Cultural Brasileño no debía restringirse a grandes monumentos, a los testigos de la historia oficial, en la cual, sobre todo las élites, se reconocían; sino que se debían incluir también las manifestaciones culturales representativas para los otros grupos que componen la sociedad brasileña, (los indios, los negros, los inmigrantes, las clases populares en general). En este sentido se expresa el Ministro de Estado de Cultura en ese momento, Francisco Weffort, en un mensaje para el Consejo Consultivo del IPHAN en el año de 1997.

⁸⁶ MINISTERIO DE CULTURA. INSTITUTO PATRIMONIO HISTÓRICO Y ARTÍSTICO NACIONAL. El registro del patrimonio inmaterial: dossier final de las actividades de la comisión y del grupo de trabajo patrimonio inmaterial. Brasília: El Ministerio, 2002 p 192.

“Pasando los ojos por los Libros de Tombo (inventario), verifico que las inscripciones están lejos de reflejar el universo cultural diversificado al que me he referido. Juzgando a Brasil por este retrato, somos una nación casi exclusivamente blanca, luso – brasileña, católica, en que incluso nuestras raíces indígenas y africanas prácticamente no dejaron rastros”⁸⁷.

Años después, específicamente en 1987, el Señor Rodrigo Melo Franco de Andrade, reconoció ante la Cámara del Patrimonio Histórico y Artístico Nacional del Consejo Nacional, que:

“El acervo de los bienes culturales comprendidos en el campo de acción del órgano integrante del Consejo, sobrepasaba largamente la relación numérica de los bienes inscriptos en los libros de Inventario (Tombo), así como también la fracción de los que deben, por sus requisitos, ser incluidos en el inventario de protección del Estado”⁸⁸.

No todas las instituciones Brasileñas están compuestas por una *“estructura política federal”*; existen muchos organismos que trabajan en todos los niveles, federal, estatal y municipal. Dentro del gobierno central se encuentra el IPHAN,

⁸⁷ Ibid., p. 161-162.

⁸⁸ Ibid., p. 191.

institución que a su vez tiene dependencias u organismos en todos los Estados de la Federación. En la década de 1980 se crearon y están en funcionamiento actualmente, estructuras municipales de preservación del patrimonio que podemos encontrar en todas las ciudades capitales y en algunas de las ciudades medias de este país. Sin embargo existen algunos problemas en la creación o en el funcionamiento de las instituciones tanto en los estados como en los municipios del Brasil. Así lo indica el texto recopilado por Marcia Sant'Anna, sobre el Estado de la Protección del Patrimonio Cultural Inmaterial en el Brasil⁸⁹.

“En los planos estadual y municipal, salvo en algunas excepciones mencionadas más adelante, el trabajo dirigido a la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial todavía es incipiente y carente de organismos específicos. Así, la principal estructura institucional dirigida a la preservación del patrimonio cultural inmaterial se encuentra en la esfera federal, en el ámbito del Ministerio de la Cultura. Es el recién creado Departamento del Patrimonio Cultural Inmaterial del IPHAN, al cual también está afecto el ya mencionado Centro Nacional de Folclore Y Cultura Popular”.

- **Otras Instituciones para la Preservación de los Bienes Culturales de Naturaleza Inmaterial en el Brasil**

⁸⁹ Ibid., p. 6

Aparte del IPHAN existen otras instituciones creadas dentro de los últimos años e importantes para la protección del patrimonio cultural tanto en el ámbito material como en el inmaterial. Estas son:

El Centro Nacional del Folclore y Cultura Popular –CNFCP. Único órgano Federal que trata de manera específica y sistemática lo relativo al folclore y la cultura popular del Brasil. Tiene 40 años de existencia. Fue creada en 1.958 como Campaña de Defensa del Folclore Brasileño-CDFB, incorporada a la Fundación Nacional de Arte - FUNARTE, y transformada en 1980 en el Instituto Nacional del Folclore, que pasó en 1990 a denominarse, Coordinación del Folclore y Cultura Popular, para finalmente convertirse en el Centro del Folclore y Cultura Popular, existente en la actualidad. Su actuación se ha orientado prioritariamente a la investigación, el análisis, apoyo y divulgación de las expresiones del folclore.

Esta institución es de vital importancia para la Nación por su labor en la documentación de tradiciones populares, gracias a su trabajo de conservación, promoción y difusión de la cultura popular brasileña y a las acciones de apoyo a las condiciones de existencia de sus manifestaciones. Adicionalmente mantiene *“una biblioteca con cerca de 200 mil documentos, vasto acervo de filmes, registros sonoros y fotografías; el Museo del Folklore Edson Carneiro; la Galería Mestre Vitalino y la Sala del Artista Popular, espacios donde son expuestas obras de arte popular y artesanía, así como los resultados de investigaciones emprendidas. El centro mantiene todavía un Programa de*

*Apoyo a Comunidades Artesanales con actuación directa en 25 municipios y realiza actividades educativas, de difusión cultural y de intercambio*⁹⁰.

Departamento del Patrimonio Inmaterial DPI, creado mediante Decreto Numero 5040 del 7 de abril de 2004, conformado por las siguientes dependencias:

- Gerencia de identificación responsable por las acciones de mapeado, inventario y documentación de referencias culturales;
- Gerencia de registro, para evaluación, coordinación y supervisión de las propuestas de registro de bienes culturales inmateriales;
- Gerencia de Promoción y Fomento, destinada a la elaboración e implementación de los planos de acción necesarios para apoyar la continuidad, la transmisión y la mejora de las condiciones de existencia y reproducción de bienes inventariados y registrados.
- Comité Gestor del Programa Nacional del Patrimonio Inmaterial, registro y salvaguardia, fomento de proyectos especiales, promoción de eventos e intercambio de experiencias relacionadas con la preservación del patrimonio cultural inmaterial.

En la década del setenta, durante el régimen militar, se crea el Centro **Nacional de Referencia Cultural**, proponiendo una nueva forma de actuación

⁹⁰ SANT'ANNA, Marcia, Informe Sobre el estado de la protección del patrimonio cultural inmaterial en el Brasil. Texto recopilado por Marcia Sant'Anna, Directora del Departamento del Patrimonio Inmaterial, Instituto del Patrimonio Histórico y Artístico Nacional (Iphan) en base al material producido por la institución a partir del año 2000. p. 8.

en el área cultural, mediante el método de las referencias culturales, buscando traspasar los límites de las instituciones “museológicas” ya reguladas. Este centro fue incorporado posteriormente a la **Fundación Nacional Pro-Memoria**. En ambas instituciones se desarrollaron acciones experimentales de registro de expresiones culturales inmateriales, propiciando nuevas reflexiones sobre el tema, y el fortalecimiento de una noción más amplia de patrimonio cultural, siendo esta labor un precedente para la transformación de la definición de patrimonio cultural dentro de la Constitución Brasileña. Estos dos Entes fueron extintos en el año de 1990.

El método de las Referencias Culturales, utilizado por esta institución, buscaba obtener informaciones de la cultura en su dinámica (producción, circulación y consumo) y en su relación con el contexto socioeconómico, siendo un proyecto bastante complejo y ambicioso, que trataba justamente aquellos bienes que el IPHAN consideraba fuera de su escala de valores. Para entender la Referencia cultural resulta muy ilustrativo el texto de Maria Cecilia Londres Fonseca:

“La expresión “referencia cultural” ha sido utilizada, sobre todo, en textos que tienen como base una concepción antropológica de cultura, y que enfatizan la diversidad, no solo de la producción material, sino también de los sentidos y valores atribuidos por los diferentes sujetos a bienes y prácticas sociales. (...) Se trata de tener en cuenta un ambiente. Que no se constituye solamente de naturaleza-vegetación, relieve, ríos y lagos, fauna y flora, etc. - y de un conjunto de construcciones, sino sobre todo de un proceso cultural- es decir, la manera como determinados sujetos

*ocupan ese suelo, utilizan y valorizan los recursos existentes, el modo de construir su historia, como producen edificaciones y objetos, conocimientos, usos y costumbres*⁹¹.

- **Constitución Nacional de 1988 de la República de Brasil**

En el año 1988 se promulga una nueva Constitución Nacional. Mediante los artículos 215° y 216°, se plantean aquellos temas que durante décadas la sociedad Brasileña ha demandado. Se amplía el acervo patrimonial, reconociendo su doble naturaleza material e inmaterial, y se **institucionaliza el inventario y el registro** como nuevas formas para la protección de los bienes culturales, aparte de otras funciones que cumple el Estado para la guarda del patrimonio; otorgando protección a toda manifestación cultural como por ejemplo la costura indígena afro-brasilera y otras expresiones populares que son un referente a la identidad, y a la memoria de los diferentes grupos ***“formadores de la sociedad brasileña”***.

– **Artículo 215.**

“El Estado garantizará a todos el pleno ejercicio de los derechos culturales y el acceso a las fuentes de la cultura nacional, y apoyará e incentivará la valorización y la difusión de las manifestaciones culturales.

1° El Estado protegerá las manifestaciones de las culturas populares,

⁹¹ MINISTERIO DE CULTURA. INSITUTIO DEL PATRIMONIO HISTÓRICO Y ARTÍSTICO NACIONAL, Op. cit., p. 194

indígenas y afro – Brasileñas, y las de otros grupos participantes del proceso civilizador nacional.

2° La ley dispondrá sobre la fijación de las fechas conmemorativas de alta significación para los diferentes segmentos étnicos nacionales.

– Artículo 216.

Constituyen el patrimonio cultural brasileño los bienes de naturaleza material e inmaterial, tomados individualmente o en conjunto, significativos para la identidad, la acción, la memoria de los diferentes grupos formadores de la sociedad brasileña, entre los cuales se incluyen:

- I. Las Formas de expresión;*
- II. Los modos de crear, hacer y vivir;*
- III. Las creaciones científicas, artísticas y tecnológicas;*
- IV. Las obras, objetos, documentos, edificaciones y demás espacios destinados a las manifestaciones artístico-culturales;*
- V. Los conjuntos urbanos y lugares de valor histórico, paisajístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico y científico.*

Párrafo 1° El poder Público, con la colaboración de la comunidad, promoverá y protegerá el patrimonio cultural brasileño, por medio de

inventarios, registros, vigilancia, salvaguarda y desapropiamiento, y de otras formas de protección y preservación.

Párrafo 2° Cabe a la administración pública, según la Ley, la gestión de la documentación gubernamental y las medidas para franquear su consulta a cuantos necesiten de ella.

Párrafo 3° La Ley establecerá incentivos para la producción y el conocimiento de los bienes y valores culturales.

Párrafo 4° Los daños y amenazas al patrimonio cultural serán castigados, según la Ley.

*Párrafo 5° Quedan protegidos todos los documentos y los lugares que representan reminiscencias históricas de los antiguos refugios de los esclavos (quilombos)”.*⁹²

- **Decreto 3551 de 2000**
 - **Recuento Histórico de su Creación**

Durante el mismo año que se promulga la Constitución (1988), el Ministerio de Cultura de la República del Brasil constituye una Comisión y un grupo de trabajo compuesto por consejeros del Patrimonio Cultural y por miembros del Patrimonio Histórico y Artístico Nacional (IPHAN), de la Fundación Nacional de Artes y del Ministerio de Cultura. Las conclusiones sacadas de este trabajo reflejan la necesidad de llevar a cabo el proyecto de creación de un Registro para el patrimonio inmaterial, con el fin de *“mantener, mediante la utilización de*

⁹² Ibid., p., 153

*los recursos técnicos más adecuados, el registro documental de estos bienes culturales como referencia para el público actual y futuro*⁹³.

El 4 de agosto de 2000, doce años después de promulgarse la Constitución de 1988, y al mismo tiempo que se estaba celebrando 500 años del Descubrimiento de Brasil y el encuentro de todos los pueblos y culturas que componen la nación, se presentó ante el Presidente de la República de ese entonces, una propuesta para la **institucionalización y reglamentación del Registro de Bienes Culturales de Naturaleza Inmaterial**, con el fin de reglamentar y reconocer la contribución cultural de diversos grupos como parte del Patrimonio Cultural de la Nación Brasileña, cuya herencia está compuesta, en su mayoría, de saberes, formas de expresión y modos de hacer y vivir que hacen parte de la vida cotidiana de las comunidades y que son transmitidos a las siguientes generaciones.

El instrumento legal propuesto, mantiene mediante la utilización de los recursos técnicos más adecuados, el registro documental de estos bienes, como referencia para el público actual y futuro, en vez de instituir una inscripción en un libro público o proporcionando el otorgamiento de un título. Además con este Decreto Ley se atiende *“fundamentalmente, del establecimiento de un proceso técnico y administrativo de identificación, documentación y reconocimiento que tiene por objetivo cumplir la norma constitucional y atender a una demanda histórica”*⁹⁴.

⁹³ Ibid., p. 139.

⁹⁴ Ibid., p. 140

Hasta ese momento el único documento que disponía el poder público, era la guarda del Estado, estableciendo el registro como forma legal para la preservación del Patrimonio; este solo era válido y eficaz para edificaciones, obras de arte y otros bienes culturales materiales; e inadecuado o inaplicable *“para la preservación de bienes y manifestaciones de carácter procesal y dinámico”*

Para terminar este recuento vale la pena destacar las palabras del Ministro de Cultura de ese momento, Francisco Weffort, sobre la importancia del Patrimonio Inmaterial:

“La preservación de las expresiones inmateriales de la cultura es, actualmente, uno de los ítems más importantes de la agenda internacional de las organizaciones culturales. Diversos encuentros y congresos han sido realizados en los últimos años sobre el asunto, pues esta también es una demanda mundial. Pocos países, sin embargo, han logrado instituir formas de preservación del patrimonio inmaterial. En su mayoría son Países Asiáticos, siendo aún pocas las experiencias occidentales. En caso de instituir el registro, Brasil podrá ser uno de los pioneros. El momento de la conmemoración de los 500 años parece lo más oportuno para que aceitemos más ese desafío y cuidemos de un patrimonio todavía no consagrado, pero que dice mucho de lo que somos y de lo que podremos llegar a ser en un mundo globalizado”⁹⁵.

⁹⁵ Ibíd., p.141

- Decreto N° 3551 del 4 de Agosto de 2000

Las consecuencias prácticas del registro establecido en el decreto, como las define el Señor Francisco Weffort,⁹⁶ son:

“La primera es instituir la obligación pública, gubernamental sobre todo, de inventariar, documentar, acompañar y apoyar la dinámica de las manifestaciones culturales registradas, mecanismo fundamental para la preservación de su memoria. La segunda consiste en el reconocimiento y la valorización de estos bienes mediante la concesión del derecho de utilizar el título de “Patrimonio Cultural de Brasil”. La tercera es su divulgación y promoción, a ser realizadas por el Ministerio de Cultura, órganos públicos, entidades privadas y de los ciudadanos. Todas estas acciones podrán ser apoyadas por el Programa Nacional del Patrimonio Inmaterial, en el ámbito del Ministerio de Cultura”.

El registro de los bienes culturales de naturaleza inmaterial debe realizarse en uno de los siguientes libros, (Artículo 1°, Decreto 3551 de 2000).

“Libro de registro de los saberes,

En este libro serán inscriptos los conocimientos y modos de hacer enraizados en la vida cotidiana de las comunidades.

⁹⁶ Ibid., p. 141.

Libro de Registro de las celebraciones,

Allí serán inscriptos los rituales y fiestas que marcan la vivencia colectiva del trabajo, de la religiosidad, del entretenimiento y de otras prácticas de la vida social.

Libro de Registro de las Formas de Expresión,

Donde serán inscriptas todas las manifestaciones literarias, musicales, plásticas, escénicas y lúdicas,

En el libro de registro de los Lugares,

Quedarán inscriptos los mercados, las ferias santuarios, plazas, y demás espacios donde se concentran y reproducen prácticas culturales colectivas⁹⁷.

El Señor Francisco Weffort explica⁹⁸:

“Se optó por delimitar el universo de bienes culturales inmateriales por medio de contenido de estos Libros, rechazándose concepciones rígidas y limitadas. Se espera que esa definición abarcadora estimule el proceso de construcción del concepto de patrimonio inmaterial, mantenidos naturalmente, los parámetros establecidos por la Constitución. Aquí Señor Presidente, nuestra opción fue por un saber construido y no por un saber dado”.

⁹⁷ Ibid., p. 143.

⁹⁸ Ibid., p. 140.

AL momento de realizarse la inscripción de un bien inmaterial en cualquiera de los libros, es necesario tener como referencia la continuidad histórica del bien y su importancia para *“la memoria, la identidad y la formación de la sociedad”* (Decreto 3551 de 2.000).

Con el tiempo es posible la creación de nuevos libros, a través del Consejo Consultivo del Patrimonio Inmaterial del Brasil, en los que se inscriban otros bienes que hagan parte del patrimonio inmaterial cultural pero que no sea posible encuadrarlos dentro de alguno de los libros ya registrados (Artículo 1°, inciso 3° y Artículo 5° Párrafo único).

Las partes competentes para presentar la solicitud de instauración del proceso de registro son: El Ministerio de Cultura y/o sus instituciones vinculadas, las secretarías de Estado, municipio y del distrito federal, y por último, las sociedades o asociaciones civiles. Estas solicitudes deben presentarse ante el Presidente del Instituto del Patrimonio Histórico y Artístico Nacional (IPHAN), quien las someterá al Consejo Consultivo del Patrimonio Cultural. (Artículos 2° y 3° del Decreto).

El señor Francisco Weffort, señaló, a este respecto⁹⁹:

“Se optó por no crear un órgano más en el Ministerio de Cultura y por valorizar y prestigiar las instituciones existentes, que, a ejemplo del

⁹⁹ Ibid., p. 140.

IPHAN, de la Fundación Nacional de Artes y de la Fundación Cultural Palmares, detentan conocimiento sobre el tema. Al Consejo Consultivo le fue dada la competencia decisiva reguladora, cabiéndole al IPHAN, la ejecución de los procedimientos de registro, cuya instrucción será realizada en asociación con otras instituciones públicas y privadas. Creemos innecesario subrayar que la trayectoria del Consejo y del IPHAN los habilita como los más adecuados a esas nuevas funciones”.

Cada diez años el IPHAN debe hacer una evaluación de los bienes culturales registrados, y enviarla al Consejo Consultivo del Patrimonio Cultural para que decida sobre la revalidación del título de *“Patrimonio Cultural de Brasil”*. Si es negada la revalidación, será mantenido sólo el registro, como referencia cultural de su tiempo. (Artículo 7º, y Párrafo único de artículo 7º), como lo expresa Francisco Weffort:

“En razón, por lo tanto, del carácter esencialmente dinámico de esos bienes, se propone la actualización del registro documental de los bienes inscriptos por lo menos cada diez años, para acompañar su evolución y evaluación de la pertinencia de la revalidación del título de Patrimonio Cultural de Brasil. En caso de que haya habido una transformación total, en el sentido de rompimiento de la continuidad histórica, (...) o desaparición de sus elementos esenciales, el bien pierde el título, manteniéndose el Registro sólo como referencia histórica”¹⁰⁰.

¹⁰⁰ Ibid., p. 140.

Mediante este Decreto quedó instituido, dentro del Ministerio de Cultura del Brasil, el “*Programa Nacional del Patrimonio Inmaterial*”, cuyo objetivo principal es la implementación de una **política específica de inventario, referencia y valorización de este patrimonio**.

La norma dispone en su artículo 6° que: El Ministerio de Cultura tiene el deber de asegurar al bien registrado:

- Documentación por todos los medios técnicos admitidos, para que el IPHAN tenga la posibilidad de mantener el banco de datos con el material producido durante la instrucción del proceso.
- Amplia divulgación y promoción del Bien Cultural registrado

4.1.3. DIVULGACIÓN: la convención para la salvaguarda del patrimonio inmaterial. París 2003

Otra de las formas que encontramos para la protección y salvaguardia del patrimonio cultural es la divulgación del mismo. La Convención de la UNESCO para la salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial, regula el proceso de divulgación del patrimonio inmaterial entre los países.

El artículo 2°, inciso 3° define que se debe entender por salvaguardia, incluyendo, entre otros temas, el de la transmisión del patrimonio cultural inmaterial a través de la enseñanza formal y no formal, dándole importancia a la educación, sensibilización y fortalecimiento de capacidades y especialmente en gestión e investigación científica.

El artículo 13° en su literal d), *“Otras medidas de salvaguardia”*:

Cada Estado deberá hacer todo lo posible por adoptar las medidas de orden jurídico, técnico, administrativo y financiero adecuadas para:

1. Favorecer la creación o el fortalecimiento de instituciones de formación, en gestión del patrimonio cultural inmaterial, así como la transmisión de este patrimonio en los foros y espacios destinados a su manifestación y expresión.
2. Garantizar el acceso al patrimonio cultural inmaterial, respetando al mismo tiempo los usos consuetudinarios por los que se rige el acceso a determinados aspectos de dicho patrimonio.
3. Crear instituciones de documentación sobre el patrimonio cultural inmaterial y facilitar el acceso a ellas.

El artículo 14° *“Educación, sensibilización y fortalecimiento de capacidades”*, establece que cada Estado Parte debe intentar:

1. Asegurar el reconocimiento, el respeto y la valorización del patrimonio cultural inmaterial en la sociedad, mediante: programas educativos, de sensibilización y de difusión de información, dirigidos al público, en especial a los jóvenes; desarrollar programas educativos y de formación específicos en las comunidades y grupos interesados; realizar actividades de fortalecimiento de capacidades en materia de salvaguardia de patrimonio cultural inmaterial y especialmente de

gestión y de investigación científica y crear medios no formales de transmisión del saber.

2. Mantener al público informado de las amenazas que pesan sobre ese patrimonio y de las actividades realizadas en cumplimiento de la presente Convención.
3. Promover la educación sobre la protección de espacios naturales y lugares importantes para la memoria colectiva, cuya existencia es indispensable para que el patrimonio cultural inmaterial pueda expresarse.

4.2. PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

4.2.1. LEGISLACIONES SUI GENERIS: modelo OMPI. Ley 20 de 2000 República de Panamá

- **El Sistema Sui Generis. Modelo OMPI**

Antes de hablar del sistema Sui Generis y del marco jurídico establecido por el Comité¹⁰¹ para la creación de dicho sistema en cada Estado, es necesario conocer cual es la definición técnica de los Conocimientos Tradicionales:

*“Obras literarias, artísticas o científicas basadas en la tradición;
interpretaciones o ejecuciones; invenciones; descubrimientos científicos;*

¹⁰¹ Se trata del Comité Intergubernamental sobre propiedad intelectual y recursos genéticos, conocimientos tradicionales y folclore de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual - OMPI

diseños, marcas, nombres y símbolos; y todas las demás innovaciones y creaciones basadas en la tradición resultantes de la actividad intelectual realizada en el ámbito industrial, científico, literario o artístico. La Expresión “basadas en la tradición” se refiere a los sistemas de conocimientos, creaciones, innovaciones y expresiones culturales que generalmente se transmiten de una generación a otra y, que por lo general se considera que pertenecen a un pueblo en particular o a su territorio y que evolucionan constantemente en función de los cambios que se producen en su entorno”¹⁰².

Como se puede observar, el Comité no presenta una definición formal, más bien enseña un concepto práctico de lo que son, y deben ser los conocimientos tradicionales, mostrando sus elementos esenciales, ayudando a comprender la naturaleza y alcance de estos conocimientos en materia jurídica, teniendo en cuenta el enfoque presentado por *“la definición de materia”* en el marco internacional de la propiedad intelectual, pudiendo inducir dos características esenciales y distintivas de los conocimientos tradicionales:

“1. Los conocimientos tradicionales son una forma de identificación cultural de sus titulares, por lo que su conservación e integridad están

¹⁰² ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. Informe de la tercera sesión del Comité Intergubernamental sobre propiedad intelectual y recursos genéticos, conocimientos tradicionales y folclor. Ginebra: OMPI. 2.002, párrafo 10.

relacionados con una preocupación relativa a la conservación de las distintas culturas entre sí,¹⁰³ y

2. Aunque contengan información de carácter práctico o tecnológico, los conocimientos tradicionales tienen una dimensión cultural y un contexto social que los diferencia de otras formas de información científica o tecnológica”¹⁰⁴.

- Para que es Creado un Sistema Sui Generis?

Un sistema Sui Generis es creado con el fin de regular un tema específico, que hace parte de una legislación vigente pero en el que no hay posibilidad alguna de ampliación de la ley, es decir, para ese tema en especial, se requiere de otras normas que complementen lo ya establecido, pero sin derogar lo ya legislado, por ende es necesario para su interpretación y eficacia que sea complementado con la legislación vigente.

En el caso de los conocimientos tradicionales, los sistemas sui generis buscarían fomentar la protección de las costumbres tradicionales entre las distintas culturas, presentando el sistema como un mecanismo Jurídico complementario de las legislaciones que entre los Estados y mediante

¹⁰³ *Los conocimientos tradicionales son “tradicionales” porque se crean de tal manera que reflejan las tradiciones de las comunidades. De ahí que el término “tradicionales” no se relacione necesariamente con la naturaleza de los conocimientos sino con la manera en que esos conocimientos se crean, se conservan y se difunden”. Ibid., Párrafo 12.*

¹⁰⁴ *Debemos tener en cuenta que no solo el folclor, las artesanías, y otras manifestaciones culturales hacen parte integral de los conocimientos tradicionales, también lo integran temas más técnicos, como la medicina y la agricultura. Ibid., Párrafo 13*

acuerdos internacionales se han creado para la protección de las medidas prácticas o administrativas del Derecho de Propiedad Intelectual -DPI.

Para ello, cada Estado Parte al momento de crear el Sistema Sui Generis deberán explorar o definir los límites y la interacción entre, por un lado, los elementos constitutivos de los derechos de Propiedad Intelectual existentes, que por efecto, protegen los conocimientos tradicionales hasta cierto punto y, por el otro, los elementos del sistema Sui Generis concebidos específicamente para la protección de los conocimientos tradicionales.

O como lo señala el propio Comité:

“Lo que hace que un sistema de propiedad intelectual sea un sistema sui generis es la modificación de algunas características para poder dar cabida adecuadamente a las características especiales de su objeto, y a las necesidades específicas de política que llevaron a la creación de un sistema distinto”¹⁰⁵.

EL Comité, ha pensado en la posibilidad de proteger cada uno de los elementos que componen los conocimientos tradicionales por separado, como algunas comunidades o países lo han demostrado, donde han *“podido separar sus conocimientos de acuerdo a diferentes tipos de usos económicos y culturales, en los ámbitos de las expresiones del folclore y de las artesanías”¹⁰⁶*

¹⁰⁵ Ibid., párrafo 27.

¹⁰⁶ Ibid., párrafo 33.

Sin embargo esta solución es de difícil aplicación dada su condición holística¹⁰⁷, *“Los conocimientos tradicionales no son la simple suma de sus distintos componentes: los conocimientos tradicionales son más que eso, son la combinación sistemática y coherente de sus elementos para formar una unidad indivisible de conocimientos y cultura. Para el pajé (Chamán), el merito de la curación radica en la combinación del extracto con los rituales religiosos, y no en la pócima por si sola. Aclarando que esta característica de los conocimientos tradicionales no es un concepto jurídico en sí, sino que resulta de la naturaleza complementaria de ciertos elementos de esos conocimientos, esos elementos son del tipo espiritual o cultural”*¹⁰⁸. Siendo necesaria la creación de un sistema sui generis para la protección de los conocimientos tradicionales no desde un análisis separado de sus componentes, sino considerando los conocimientos como un todo.

Por ello, el Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, en su 3ra Sesión, sentó las bases o el marco jurídico que servirá a los Estados Partes para la creación de sistemas Sui Generis dentro de las Legislaciones Nacionales de cada Estado, **con el objetivo de regular la propiedad intelectual en el tema concerniente a los**

¹⁰⁷ Según la Real Academia de la lengua Española, la palabra *“Holística, pertenece o es relativo al Holismo, y Holismo es la Doctrina que propugna la concepción de cada realidad como un todo distinto de la suma de las partes que lo componen”*. En este caso, los conocimientos tradicionales tomados como doctrina, son el conjunto de elementos que son fundamentales, tales como lo espiritual, cultural, ritual o medicinal.

¹⁰⁸ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, Op. cit., párrafo 27.

derechos colectivos y de los conocimientos tradicionales y poner límites para el acceso de los recursos genéticos, los conocimientos tradicionales y las expresiones del Folclore.

Teniendo en cuenta el carácter holístico que poseen los conocimientos tradicionales, el Comité establece cuatro características de este tipo de conocimiento, a saber:

“1. Los elementos espirituales y prácticos de los conocimientos tradicionales están entrelazados y son, por lo tanto, inseparables (es en este sentido que cada elemento de los conocimientos tradicionales sirve como factor inherente de identificación cultural de sus titulares).

2. Por el hecho de que las comunidades tradicionales crean los conocimientos en respuesta a un medio cambiante,

3. Los conocimientos tradicionales abarcan diferentes campos, en la esfera de las expresiones culturales y en el ámbito técnico; y

4. Finalmente, ya que su creación no conlleva necesariamente un procedimiento sistemático y formal, los conocimientos tradicionales pueden aparentar tener un carácter menos formal, y su naturaleza sistemática y carácter global llegan a ser aparentes solamente cuando

se tiene un mayor conocimiento de los contextos culturales y de las normas que rigen su creación”¹⁰⁹.

Es importante tener en cuenta estas cuatro características para establecer o diseñar el Marco Jurídico de cualquier sistema Sui Generis que sea desarrollado para la protección de las comunidades tradicionales:

Al respecto, el Comité señala:

“Puede ser necesario, por lo tanto, concebir un sistema que sea sensible a la naturaleza holística de los conocimientos tradicionales y que tenga un enfoque global. Las patentes, las marcas, los diseños, etc., pueden ser muy eficaces para proteger los distintos elementos de los conocimientos tradicionales, pero no contemplan su naturaleza holística”¹¹⁰.

- **Recomendaciones del Comité**

Todas las consideraciones y reflexiones presentadas por el Comité, se pueden sintetizar en las siguientes recomendaciones para la creación de un sistema Sui Generis en cualquiera de los Estados, a saber:

1. Con la creación de sistemas sui generis no se busca reemplazar las normas existentes en materia de derechos de propiedad intelectual, pero

¹⁰⁹ Ibid., párrafo 28.

¹¹⁰ Ibid., párrafo 27.

si busca complementarlas con la visión holística de los conocimientos tradicionales. Por lo tanto, para la creación de un sistema sui generis como un mecanismo jurídico para la protección de estos se debe de tener como base, las legislaciones precedentes en materia de protección intelectual.

2. Cuando alguna legislación desea crear un sistema sui generis debe: *“adoptar un enfoque global y sistemático”*. Este resultado es posible lograrlo con la creación de inventarios generales en los que se recopilen bases de datos que contengan una información detallada de los conocimientos de las comunidades tradicionales sin separar sus componentes.
3. Por medio de este inventario, se busca incorporar y describir cada uno de los elementos que hacen parte del conocimiento tradicional, a través, por ejemplo, de la realización de catálogos generales de conocimientos relativos a comunidades específicas, para lograr que los sistemas sui generis reflejen *“la naturaleza holística”* de los conocimientos tradicionales. Estos inventarios son flexibles permitiendo la actualización o modificación de su contenido, así como la posibilidad de agregar nueva información, sin formalidades costosas y complejas, como sería el registro de un procedimiento nuevo. Además esta flexibilidad debe permitir y procurar que la descripción de los elementos técnicos que componen el conocimiento tradicional, sea lo más clara posible para un experto en la materia, sin esperar que el Chaman proporcione la fórmula

o como mínimo algún componente molecular de la misma. Simplemente se busca que dé una descripción de los materiales a utilizar, de manera que sea posible que cualquier persona pueda reproducirlo.

4. Este sistema a crear por los Estados - Partes debe ser flexible en el sentido que solo tenga por finalidad responder a necesidades de políticas específicas más que proteger todos los aspectos de los conocimientos tradicionales, por lo tanto los Estados Partes deben tener en cuenta otros mecanismos posibles y diferentes a los mecanismos de protección de inventarios o de recopilación de conocimientos tradicionales ya señalados por el propio Comité.

Un ejemplo de ello, son las expresiones del Folclore que se han desvinculado del medio físico donde habitan las comunidades, adquiriendo una posición independiente en el universo cultural, estando mejor abordadas a través de otro tipo de disposiciones, como las establecidas por la OMPI y por la UNESCO. Asimismo la protección de las artesanías también puede considerarse eventualmente en el marco de un sistema de registro que reconozca su “*estilo*” único que materializa inequívocamente el alma y el espíritu

Ya mencionadas las características para tener en cuenta en la creación de sistemas Sui Generis, es importante entrar a considerar los elementos que se deben identificar y aplicar para que este sistema sea eficaz.

Estos elementos, están consignados en 8 preguntas, formuladas por el Comité, debiendo ser respondidas para lograr la eficacia del sistema Sui Generis que cada Estado Parte desarrolle.

1. ¿Cuál es el objetivo de política de la protección?;
2. ¿Cuál es el objeto que se ha de proteger?;
3. ¿Qué criterios debe reunir este objeto para ser protegido?;
4. ¿Quién es el titular de los derechos?;
5. ¿Cuáles son los derechos?;
6. ¿Cómo se adquieren los derechos?;
7. ¿Cómo conceder y hacer cumplir los derechos?; y
8. ¿Cómo se agotan o caducan los derechos?

Ver en anexo tal A, el desarrollo de estas preguntas.

- **Derechos de Autor, Derechos Colectivos, Ley 20 de 2000 de Panamá**

A principios del siglo XXI, países como Panamá y Brasil se han puesto a la tarea de diseñar leyes para la protección de las tradiciones, manifestaciones culturales y del *“patrimonio folclórico musical”* de los pueblos indígenas, tratando de evitar daños irreparables y teniendo en cuenta los riesgos que se pueden presentar en una cultura, cuando ésta se uniforme por *“los efectos de acuerdos de libre comercio y el consecuente papel protagónico de los mercados ante un mundo Globalizado”*.

La Ley 20 de 2000 de Panamá: “*Régimen especial de Propiedad Intelectual sobre los derechos colectivos de los Pueblos Indígenas*” es, tal vez, el mejor ejemplo de un sistema sui generis que busca proteger los derechos colectivos y de autor de las comunidades en lo concerniente a los conocimientos tradicionales¹¹¹, a través de un sistema especial de registro, promoción y comercialización de sus derechos, a fin de resaltar los valores socioculturales de las culturas indígenas y hacerles justicia social. Igualmente controla la comercialización de los conocimientos tradicionales por parte de terceros no autorizados, a través del sistema de propiedad intelectual.

Este sistema sui generis complementa las normas ya establecidas sobre propiedad intelectual tales como: derechos de autor, modelos industriales, marcas, indicaciones geográficas y otros.

La Ley define los derechos colectivos de los pueblos indígenas, como todos los objetos susceptibles de protección **que pueden ser registrados**, conforme a la Ley, a fin de proteger su originalidad y autenticidad (artículo 6°).

Son objetos susceptibles de protección (artículos 3°, 4° y 5°):

- Los vestidos tradicionales de los pueblos indígenas, utilizados por los pueblos kuna, ngöbe y buglé, emberá y wounaán, naso y bri-bri

¹¹¹ Estas creaciones pueden ser: invenciones, modelos, dibujos y diseños, innovaciones contenidas en las imágenes, figuras, símbolos, gráficos, petroglifos y otros detalles, elementos culturales de su historia, música, arte, así como sus expresiones artísticas tradicionales, susceptibles de un uso comercial,

- Los instrumentos musicales, música, danzas o forma de ejecución, expresiones orales y escritas contenidas en sus tradiciones, que conforman su expresión histórica, cosmológica y cultural.
- Los instrumentos de trabajo y arte tradicionales, así como la técnica para su confección, expresado en las materias primas nacionales, a través de los elementos de la naturaleza, su procesamiento, elaboración, combinación de tintes naturales, tales como las tallas en tagua y madera semipreciosa (cocobolo y nazareno), cestas tradicionales, *nuchus*, chaquiras, chácaras y cualquier otra manifestación cultural de carácter tradicional de estos pueblos.

Los congresos generales o autoridades tradicionales indígenas son los competentes para elevar la solicitud de registro de estos derechos colectivos ante la Dirección General del Registro de la Propiedad Industrial del Ministerio de Comercio e Industrias, (DIGERPI), o ante la Dirección Nacional de Derechos de Autor del Ministerio de Educación, según corresponda, para su aprobación y registro (artículos 4° y 5°).

Para la implementación del sistema de registro, dentro de la DIGERPI, se crea el Departamento de Derechos Colectivos y Expresiones Folclóricas. Adicionalmente se establece la creación del cargo de examinador de los derechos colectivos indígenas para la protección de la propiedad intelectual y otros derechos tradicionales. Este funcionario es el encargado de examinar todas las solicitudes que se presenten ante la DIGERPI, que tengan relación

con sus derechos colectivos, para que no sean inscritos en violación de esta Ley.

También la Ley establece obligaciones a los Ministerios de Industria y Comercio y de Educación, para la promoción de las artes y las expresiones culturales indígenas relacionadas con mecanismos de certificación de sus conocimientos; participación en ferias y eventos nacionales e internacionales; exhibición de sus productos y expresiones artísticas; inclusión en los currículos escolares de los contenidos de las expresiones artísticas indígenas, como parte integrante de la cultura nacional; y divulgación y promoción, de su historia, costumbres, valores y expresiones artísticas y tradicionales.

Adicionalmente los derechos de uso y comercialización del arte, artesanías y otras manifestaciones culturales basadas en la tradición de las comunidades indígenas, deben regirse por el reglamento de uso de cada pueblo indígena, aprobado y registrado en la DIGERPI o en la Dirección Nacional de Derecho de Autor del Ministerio de Educación, según el caso (artículo 15°).

Son competentes para sancionar a los infractores, tomar medidas preventivas sobre los productos y artículos respectivos y remitirlos a los servidores públicos, las siguientes autoridades:

1. El gobernador comarcal o el gobernador de provincia, en el caso de que no exista el primero.

2. El congreso general de la comarca correspondiente. Para tales efectos, las autoridades tradicionales podrán solicitar el auxilio y la colaboración de la Fuerza Pública.

Es importante destacar que el hecho de constituir que los derechos de uso y comercialización de los conocimientos tradicionales se rijan por el reglamento de cada pueblo indígena y que sean los Congresos Generales o las Autoridades Tradicionales Indígenas quienes presenten la solicitud, significa que en Panamá se reconocen implícitamente las comunidades indígenas como una colectividad y se acepta que estas se auto regulen, a diferencia de lo que sucede en Colombia donde las comunidades indígenas terminan siendo utilizadas por un tercero que hace las veces de intermediario y que finalmente es quien se beneficia de la comercialización de los conocimientos tradicionales. Esto sucede porque aunque la Constitución los reconoce como colectividad aun no existe regulación en este sentido ni se ha creado un sistema sui generis, en Colombia, que regule y proteja los conocimientos tradicionales tanto de las comunidades indígenas como de otros grupos étnicos y locales.

- Respondiendo las Preguntas que Realizó el Comité en su 3ra Sesión

En la Ley que venimos analizando podemos observar un ejemplo de la creación de un sistema sui generis, y como, a través de sus artículos, desarrolla seis de las ocho preguntas planteadas por el Comité de la OMPI, mencionadas en el numeral anterior y desarrolladas en el anexo A.

¿Cuáles son los criterios adicionales de protección?

La Ley 20 de 2000 de Panamá, establece **dos criterios adicionales** que pueden ayudar a delimitar el objeto susceptible de protección, definiendo mejor su alcance, estos son:

- La expresión de la identidad cultural de una comunidad determinada, significa que solo los elementos de los conocimientos tradicionales que continúan siendo “*tradicionales*” en el sentido de que siguen unidos intrínsecamente a la comunidad donde se originaron, serían susceptibles de protección en el marco de un sistema sui generis; y
- La posibilidad de ser utilizado comercialmente, significando que los legisladores pueden decidir que los conocimientos tradicionales que no son susceptibles de utilización comercial no estarán amparados por el sistema sui generis¹¹².

Estos dos criterios adicionales creados por la legislación de Panamá, al limitar el alcance de los conocimientos tradicionales, contribuye para la reducción del costo que genera su inscripción en registros o inventarios.

¹¹² El Comité establece que: “*Es poco probable que un tercero se dedique al uso ilícito o distorsión de los conocimientos tradicionales si éstos no tienen utilidad comercial o industrial.*”. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, Op. cit., párrafo 42.

Un problema que se puede presentar al clasificar los conocimientos tradicionales en dos categorías¹¹³ es que podría ir en contra de la naturaleza holística de los mismos, donde sus componentes espirituales y prácticos están entrelazados de tal manera que la mayoría de las veces es imposible distinguirlos.

¿Quién es el Titular de los derechos?

Recordemos que el Comité señaló, que algunas leyes nacionales y regionales que confieren protección a los conocimientos tradicionales designan como titular de los derechos a las comunidades, porque: *“son el resultado de la creación e innovación de un creador colectivo: la comunidad”*.

La Ley 20 de 2000 de Panamá lo demuestra, en el artículo 15°:

“Los derechos de uso y comercialización del arte, artesanías y otras manifestaciones culturales basadas en la tradicionalidad de los pueblos indígenas, deben regirse por el reglamento de uso de cada pueblo indígena, aprobado y registrado en la DIGERPI o en la Dirección Nacional de Derechos de Autor del Ministerio de Educación, según el caso”.

¹¹³ “Una que tenga utilidad comercial, potencial, o efectiva, y otra que no la tenga”. Ibid., párrafo 39.

Al señalar que la comercialización y el uso de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas se rigen por el reglamento realizado por cada pueblo, se está reconociendo la titularidad de los conocimientos tradicionales a las comunidades indígenas.

¿Cuáles son los derechos?

El Comité señala: *“Los diferentes elementos que componen los conocimientos tradicionales están entrelazados y pertenecen a los ámbitos artísticos/cultural y técnico/comercial/industrial. (...) Los titulares de los derechos deberían estar autorizados para impedir que otros reproduzcan y/o fijen y reproduzcan el producto fijado. Pero si se hiciera un uso no autorizado de los componentes técnicos de los conocimientos tradicionales, los titulares de los derechos deberían poder impedir su uso (...). Al igual que la propiedad intelectual en general, y el derecho de autor en particular, los conocimientos tradicionales también deben abarcar derechos materiales y morales”*¹¹⁴.

El **Artículo 2º** de la Ley 20 de Panamá establece: ningún tercero no autorizado puede tener exclusividad de cualquiera de los conocimientos y expresiones tradicionales a través del sistema de propiedad intelectual.

¹¹⁴ Ibid., párrafo 45.

Sin embargo el Comité señala: *“los derechos sobre conocimientos tradicionales que se concedan deberán estar sujetos a excepciones, tales como la utilización por terceros con fines académicos”*¹¹⁵.

La Ley 20 de 2000 al definir los derechos que tienen todas las comunidades para impedir la reproducción, apropiación, venta o importación ilícita de los conocimientos culturales, señala estas excepciones:

Artículo 2°: *“Sin embargo, se respetarán y no se afectarán los derechos reconocidos anteriormente con base en la legislación sobre la materia”.*

Artículo 14°. *En las ferias escolares, se permitirá la exposición y venta de artesanías indígenas elaboradas por estudiantes, para el beneficio de su centro escolar”*¹¹⁶.

Artículo 24°. *“Los artesanos panameños no indígenas que, a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley, se dediquen a la elaboración, reproducción y venta de réplicas de artesanías indígenas tradicionales y se encuentren registrados en la Dirección General de Artesanías Nacionales, podrán realizar dichas actividades, con la anuencia de las autoridades tradicionales indígenas”*

¹¹⁵ Ibid., párrafo 48

¹¹⁶ Artículos 2, 14 y 24 de la Ley 20 de 2000 de Panamá.

¿Cómo se adquieren los derechos?

Recordemos que los sistemas Sui Generis tienen dos opciones para adquisición de los derechos. En el primer caso, estos se obtendrían a partir de la fecha de la creación de los conocimientos tradicionales, con ausencia total de formalidades. En la segunda opción, los derechos se adquieren desde el mismo momento en que sea registrada: *“La compilación de datos sobre los conocimientos tradicionales ante un organismo gubernamental”*. Esta última es la utilizada por la Ley 20 de 2000 de Panamá, al crear el puesto de examinador de los derechos indígenas dentro de la Oficina de Propiedad Industrial (DIGERPI), quien cumple la función de *“Examinador y auditor para todos los asuntos relacionados con los derechos de propiedad intelectual y los intereses de los pueblos indígenas”*. (Artículo 9° Ley 20 de 2000).

Es importante destacar que la presente Ley en su artículo 7°, establece que la sociedad debe encargarse de la adquisición y mantenimiento de los derechos de la propiedad intelectual sobre los conocimientos de las comunidades, al señalar que *“su tramitación ante la DIGERPI, no requerirá los servicios de un abogado y se exceptúa de cualquier pago”*.

¿Cómo administrar los derechos y velar por su observancia?

Para evitar la reproducción y/o uso no autorizados (*“combinando así por un lado, las características del derecho de autor y los derechos conexos, y por el*

otro, las de la propiedad industrial”), el artículo 21 de la Ley 20 de 2000 que establece sanciones drásticas para los infractores de la Ley, es un ejemplo de las medidas eficaces que se deben tomar ante las violaciones cometidas a los Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas, en los casos que no han sido contemplados en la legislación aduanera y en la de propiedad industrial.

¿Cómo se pierden y extinguen los derechos?

En la Ley 20 de 2000 de Panamá, se establece en su artículo 7°, inciso 3° que los registros de los derechos colectivos de los pueblos indígenas no caducarán ni tendrán término de duración.

4.2.2. NORMATIVIDAD QUE SE DESPRENDE DEL ARTÍCULO 8J DE LA CDB DE RÍO DE JANEIRO DE 1992: Brasil, Perú¹¹⁷.

“Los países con biodiversidad necesitan de los saberes de la comunidad para su protección”

Álvaro Zerda S.

Para analizar las normatividades creadas por las Repúblicas de Brasil y Perú, que se desprenden de la Convención de la diversidad biológica de Río de Janeiro, es necesario empezar por entender las diferencias entre el método

¹¹⁷ Los comentarios desarrollados en este sub-capítulo son tomados del Libro: ZERDA SARMIENTO Álvaro, Derechos de propiedad intelectual sobre el conocimiento vernáculo: análisis y propuesta desde la economía institucionalista. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia (2003).

científico utilizado por la cultura occidental, y el conocimiento vernáculo originario de las comunidades indígenas.

- **Método de Conocimiento de la Sociedad Moderna Vs. el Conocimiento Vernáculo de Comunidades Indígenas y Locales**

- **El Conocimiento Obtenido Mediante el Método Científico**

Para definir cual es el método científico que la sociedad moderna utiliza como procedimiento para la obtención de conocimiento, es necesario y útil hacer un recuento histórico de los descubrimientos o filosofías más importantes que tienen que ver con el conocimiento, hasta llegar al método científico que es el que la sociedad moderna conoce hoy en día.

Historia del Método Científico.

En el siglo V los sofistas creían que no podía existir un *“conocimiento confiable y objetivo”*, porque pensaban que *“nada existe realmente y que si algo existiera, no podría ser conocido e incluso, que si el conocimiento fuera posible, no podría ser comunicado”* ¹¹⁸. Los Sofistas o más bien su teoría acerca del conocimiento o a la no existencia del pensamiento, hacen parte de una época en donde todavía se mantenía el asombro por los fenómenos físicos, donde era posible remitirse a su génesis en el pensamiento humano.

¹¹⁸ Ibid, p. 36.

En la época Griega, Platón buscó respuestas a estos “Sofismas” postulando la existencia de un mundo de formas y de expresiones variables e invisibles, acerca de las cuales es posible tener un conocimiento cierto, por medio de las formas puras y exactas de la matemática y la filosofía, disciplinas cuyo razonamiento abstracto genera verdadero conocimiento.

“Aristóteles conservó la importancia atribuida al conocimiento abstracto, pero se apartó en cuanto al método de adquirirlo, afirmando que casi todo conocimiento se deriva de la experiencia, de manera directa abstrayendo los rasgos característicos de una especie, o indirectamente, deduciendo nuevos hechos de los ya conocidos, de acuerdo con las reglas de la lógica”¹¹⁹.

Durante la Edad Media, Los Filósofos aún mantenían esa “*confianza en la razón y en la experiencia*”, es decir, para ellos el método para la obtención de conocimiento era mediante la utilización de procedimientos racionales combinándolos con la fe, logrando un sistema unificado de creencias, teniendo como fuente principal de su fe las sagradas escrituras. Esta tesis es lo que se conoce como escolasticismo del Siglo XIII, que significa, “*unión de la imitación con las leyes de la razón, las prescripciones de la autoridad con los argumentos de la ciencia* (Le Goff, 1996:91). Cuatro centurias mas tarde, el racionalismo cartesiano respondió a tal tesis mediante el apego al racionamiento deductivo basado en los principios axiomáticos como fuente principal y única prueba posible del conocimiento” (Zerda: 2003).

¹¹⁹ Ibid, p. 36-37.

El método para la adquisición de conocimiento, tal como se conoce dentro de la cultura occidental, nace en conjunto con el advenimiento de la ciencia moderna, siendo Francisco Bacon uno de los precursores de este Método, al criticar el pensamiento medieval que está basado en la tradición y la autoridad, y sentando nuevas reglas, al proponer una gran reformulación de las ciencias, adoptando *“la sustitución del método deductivo aristotélico por un método inductivo que permite el mejor desarrollo de la ciencia”*¹²⁰. Es decir que el Filósofo Ingles, Francisco Bacon señalaba que *“todo conocimiento debe de ser derivado de la experiencia, provenga ésta del mundo exterior, o de la experiencia interna, en la que la mente se refleja en sus propias actividades”*. A partir de allí el conocimiento será entendido como la *“relación de ideas- fundado en las matemáticas y la lógica- y conocimientos de los hechos mismos- derivados de la percepción sensorial”*, y que actualmente tiene el nombre de Método Científico.

En el siglo XIX, los principios del empirismo fueron extendidos al estudio de la sociedad. Augusto Comte señaló: *“el conocimiento de todas las materias proviene de la correlación entre la evidencia obtenida mediante la observación e investigación, en una relación positiva donde el observador es externo a la realidad y puede reflexionar sobre ella”*¹²¹. Por lo tanto la experiencia personal es, para Comte la base del conocimiento verdadero.

¹²⁰ Ibid., p. 37.

¹²¹ Ibid., p. 37.

Esta posición, es luego rechazada por Ludwig Wittgenstein quien argumentó: *“es de gran importancia la verificación científica como única fuente de conocimiento”*; con esos argumentos se da origen al empirismo lógico, *“que confiaba en la experiencia, base de la calificación del significado que puede tener cualquier afirmación científica”*.

Este conocimiento o método moderno rechaza todo pensamiento o conocimiento que no sea obtenido mediante el Método Científico, ya explicado en párrafos anteriores, pudiendo concluir que la negación a otros métodos o conocimientos no es una característica propia y única de este siglo de modernidad y tecnología, excluyendo así muchos de los conocimientos tradicionales que conforman el patrimonio cultural inmaterial.

○ El Conocimiento Vernáculo

El conocimiento vernáculo es un sistema generado al interior de las comunidades que se apartan del método científico propio de la cultura occidental. Tiene un método de aprendizaje que se deriva de la observación y la experiencia. Es registrado y transmitido por medio de la tradición oral hacia las próximas generaciones a través de narraciones e historias. La esencia del conocimiento vernáculo es que este se basa en entender que cada uno de los elementos de la materia, tiene una fuerza de vida y por lo tanto todo aquello que hace parte del mundo natural está imbuido de espíritu. Es por ello que para estas comunidades todas las formas de vida están emparentadas y son interdependientes. El conocimiento vernáculo se diferencia del conocimiento

científico, porque aquel es: holístico, intuitivo, cualitativo, se presenta en una localización específica, está basado en datos generados por quienes utilizan los recursos, lo cual le da un carácter inclusivo, y finalmente deriva sus explicaciones de fenómenos ambientales, de experiencias acumulativas, colectivas y con frecuencia espirituales.

Este sistema es de gran importancia en pleno siglo XXI, porque parte de una *“base espiritual que frecuentemente oculta intereses ecológicos funcionales y estrategias de conservación biológica (Johnson, 1992)”*¹²²

Para las comunidades tradicionales, la tierra ancestral es de gran importancia por ser la fuente primordial de su subsistencia y la base de sus tradiciones culturales y espirituales.

No es posible hacer un análisis del conocimiento vernáculo sin tener en cuenta la estructura social o la etnia en la que éste se encuentra inmerso, ya que, y como se dijo anteriormente, este tipo de conocimiento es *“el resultado de la interacción social y es validado por medio de su comunicación”*¹²³. Esto no significa, que el conocimiento vernáculo sea conocido por cada miembro de la comunidad, es posible observar que al interior de la misma, se de mayor importancia a ciertos individuos, o la comunidad permita que prospere el genio personal de algunos sujetos creadores (en pro de la misma comunidad), como es el caso de los Chamanes: el conocimiento de él, no lo posee ningún otro.

¹²² Ibid., p. 42 - 43.

¹²³ Ibid., p. 38.

Otra característica importante dentro del conocimiento vernáculo, como lo expresa Álvaro Zerda, es:

“Principalmente cualitativo, obtenido por medio del contacto íntimo con los recursos. Los cultivadores aborígenes tienen clara noción de las tendencias de los fenómenos, tales como si una población, está creciendo o decreciendo (Wolfe et al, 1992:17). Los sistemas indígenas de siembra hacen predicciones sobre población basados en observaciones detalladas y siguen el principio de cultivar cierta superficie de acuerdo con las necesidades individuales y de la comunidad. Respecto del fenómeno ambiental, las explicaciones siempre son espirituales y están basadas en la experiencia colectiva y acumulativa, es verificado, validado y revisado en forma diaria y con los cambios climáticos a lo largo del ciclo anual de actividades”.

Dentro de una comunidad indígena podemos observar tres tipos distintos de conocimiento, el conocimiento común, el conocimiento distribuido y el conocimiento individual.

El conocimiento es común, cuando toda la comunidad tiene acceso a un conocimiento en particular, y todos los individuos que hacen parte de esa comunidad, saben que todos saben, que todos poseen ese saber, es decir, no existe una información privada o secreta entre algunos de la comunidad sobre un tema en especial, porque no se trata de un tema de carácter especializado.

Ese tipo de saber común se presenta en las prácticas cotidianas, en su sistema de organización y gobierno o en las prácticas agrícolas.

El conocimiento es distribuido, cuando ese conocimiento no es conocido por toda la comunidad, pero todos los individuos que no poseen dicho conocimiento saben quien de esa etnia sí lo posee, y recurren a este individuo cuando necesitan algo de ese conocimiento. Un ejemplo de ello, es el chamán, a quien acuden los demás miembros de la etnia en el momento en que necesiten de su conocimiento o necesiten obtener parte de él.

El conocimiento es individual cuando ese conocimiento en especial solo lo posee un individuo de la comunidad, y no puede ser o no es compartido por ningún otro miembro de la tribu, por lo tanto la comunidad no tiene idea quien dentro de la comunidad posee ese conocimiento y por lo tanto no pueden hacer uso de él. *“En esa medida se trata de un caso extremo de conocimiento privado, en tanto existe asimetría absoluta en la información entre el individuo y su entorno con respecto a una pieza dada de conocimiento”*¹²⁴. El mejor ejemplo de este tipo de conocimiento, es como en el caso anterior, el chamán, que posee para sí otros saberes que ningún individuo de la etnia sabe que él conoce, y por ello ningún miembro de la comunidad puede recurrir a él cuando lo necesiten.

En la siguiente tabla se pueden observar algunas diferencias entre el conocimiento vernáculo y la ciencia occidental:

¹²⁴ ZERDA SARMIENTO, Op. cit., p 40.

El Conocimiento Vernáculo	La Ciencia Occidental
Holístico	Reduccionista ¹²⁵
Intuitivo	Analítica
Cualitativo	Cuantitativa
Basado en datos diacrónicos – localización específica y acumulativa	Basada en datos sincrónicos – En un punto en el tiempo
Tiene sus raíces en un contexto social que ve el mundo en términos de relaciones sociales y espirituales entre todas las formas de vida	Está organizada jerárquicamente y compartimentalizada en forma vertical

En ambas comunidades (la sociedad moderna, y las comunidades tradicionales) el conocimiento es generado como resultado de una creación colectiva, mediante la interacción social de la comunidad, pero no de la humanidad; Álvaro Zerda expresa que el conocimiento sería de la humanidad si esta *“participara de los intercambios de conocimiento necesarios para crear las bases en las que un individuo, una empresa o una comunidad científica crearon esa pequeña adición marginal al stock del conocimiento. El hecho de que exista una comunicación universal del conocimiento no implica por tanto, que éste haya sido creado por la humanidad en abstracto”* (Zerda: 2003).

La propia ciencia moderna ha tenido en los últimos tiempos una transformación importante:

¹²⁵ Es reduccionista en el sentido en que el método científico aborda *“la complejidad de los fenómenos descomponiéndolos en datos que reensambla de maneras diferentes”*. (Zerda Álvaro:2003)

- De ser una ciencia: etnocentrista, anti-ecológica, e ignorante de la dimensión cultural del desarrollo tecnológico,
- A ser una ciencia “*crecientemente interdisciplinaria*”, como respuesta a un mundo interconectado globalmente, en el que los fenómenos biológicos, psicológicos y sociales son vistos como sistemas interdependientes, posibilitando el acercamiento de la ciencia moderna, a la naturaleza holística, correspondiente a las comunidades indígenas.

Durante mucho tiempo se han llevado a cabo estudios antropológicos sobre como se han generado, en las comunidades locales e indígenas, el conocimiento sobre las plantas y comportamiento de animales, y aunque dichos estudios revelan una gran riqueza de “*conocimiento subyacente*”, aún existen prejuicios por parte de la sociedad moderna, en torno al “*carácter no científico*”, al ser este conocimiento obtenido también gracias a una cuota de “*particular espiritualidad*”.

Un ejemplo del cambio que la Ciencia Moderna ha logrado en los últimos tiempos, teniendo una posición más abierta y trabajando a partir del conocimiento tradicional que poseen las comunidades étnicas y locales, se presenta en el incremento acelerado de nuevos medicamentos creados a base de plantas con algunas propiedades curativas, esto gracias al acelerado avance de nuevas tecnologías (biotecnología); comparado con la disminución progresiva de nuevos medicamentos desarrollados en laboratorios farmacéuticos a partir de la síntesis química de nuevas moléculas en

contraposición con los altísimos resultados obtenidos entre los años cincuenta y sesenta¹²⁶.

- **La Biopiratería**

Los laboratorios de investigación utilizan el conocimiento vernáculo, a partir de la observación de las prácticas indígenas tradicionales, y mediante obtenidos de plantas y muestras biológicas que hacen parte de su etnia. Aíslan numerosos principios activos que posibilitan la producción masiva de nuevos fármacos, por medio de la biología molecular, evidenciando un repunte en el lanzamiento de medicamentos en la última década, y originando grandes cambios en la metodología de investigación de los laboratorios farmacéuticos (Álvaro Zerda: 2003 capítulos 1 y 2),

Teniendo en cuenta que los centros de investigación no tienen conocimiento acerca de las normas y legislaciones que regulan los derechos colectivos de estas comunidades, es evidente que pretenden la realización de sus proyectos de investigación con un acceso ilimitado a los saberes indígenas, hasta el punto que los críticos de las normas reguladoras de los derechos colectivos, afirman que se requiere un consentimiento previo de las comunidades o que se les retribuya económicamente por los resultados de dicha investigación.

¹²⁶ Entre los años cincuenta (50) y cincuenta y seis (56), se lanzaron al mercado de los países desarrollados, aproximadamente 400 productos, en cambio entre las décadas 80s y 90s, hubo una gran disminución de productos y solo se lanzaron al mercado, aproximadamente cincuenta productos farmacéuticos.

Estos Centros se rigen por principios no comerciales, es decir, no persiguen una renta económica derivada del mercado; por el contrario buscan un mayor crecimiento en la producción a partir de nuevos conocimientos. Sin embargo, algunas investigaciones, sobre todo en el sector farmacéutico, se encuentran avaladas por empresas nacionales o multinacionales, las cuales sí están buscando un rendimiento económico en la venta de estos medicamentos.¹²⁷

Las empresas multinacionales cuyo objeto social es la fabricación de medicamentos, en su búsqueda incesante para producir nuevos e innovadores productos, están explotando ilegalmente los recursos biológicos sometiendo a las comunidades indígenas a la *“extracción no autorizada de conocimiento tradicional o recursos biológicos y a la patente de “invenciones”¹²⁸ que derivan de tal conocimiento o de esos recursos, sin la debida provisión de beneficios para ser compartidos con los proveedores”¹²⁹*.

Las empresas nacionales y multinacionales, en algunas ocasiones, cumplen con las normas de propiedad intelectual; en otras, no se rigen por las legislaciones en materia de bio - seguridad y calidad. También sorprende saber

¹²⁷ Según el Doctor Zerda Sarmiento, Álvaro, entre estos laboratorios se encuentran Merck, Sharp and Down, Bristol Myers Squib, Smith Kline Beecham, Glaxo Gorup Research, Eli Lilly y Pfizer. Entre las fuentes de sus materiales se cuentan con variedad de institutos de investigación locales, jardines botánicos y recolectores independientes.

¹²⁸ Esto significa que las empresas están cometiendo biopiratería.
“El problema más grave en la bio-piratería no es la extracción de piezas de conocimiento, como muestras de plantas por ejemplo, sino más bien por los arreglos institucionales que se lesionan cuando un determinado elemento de los sistemas de conocimiento vernáculo se lleva fuera de su contexto institucional, el que puede verse afectado por ese hecho”. (Gupta: 2000:3) Citado por: ZERDA SARMIENTO, Op cit., p. 45.

¹²⁹ **resaltado añadido.** (Gupta: 2000:3) Citado por: ZERDA SARMIENTO, Op cit., p. 45.

que algunas compañías han compensado a las comunidades por su contribución, y que otras veces, sus productos anuncian conocimientos tradicionales que no corresponden a una verdadera tradición en las comunidades indígenas. (Álvaro Zerda: 2003)¹³⁰.

En el momento en que se da una relación de intercambio de conocimiento entre la sociedad moderna y las comunidades locales, surgen choques ocasionados porque **las sociedades modernas desconocen o quieren ignorar el sistema de valores y cultura que prima en las comunidades locales.**

Este tipo de acciones ilegales (apropiación de la información de manera ilícita y poco ética) llevadas a cabo por la industria farmacéutica logran, mediante el proceso de patentar productos derivados de esos conocimientos, hacerse a un nombre como innovadores sin dar ningún tipo de reconocimiento, intelectual ni económico, a las comunidades poseedoras de la información original.

Cabe preguntarse, porque la academia critica fuertemente los procedimientos o la educación informal, tales como los grupos folclóricos, la transmisión oral de conocimientos tradicionales y vernáculos, etc, mientras se benefician en sus centros de investigación de dichos conocimientos sin hacer reconocimiento a las comunidades donde este es originario.

¹³⁰ *"En consecuencia, la recompensa por hacer avanzar la ciencia está determinada por el principio de prioridad, vale decir, el primero en lograr un descubrimiento o un desarrollo científico se lleva todo el reconocimiento, lo que constituye en últimas la retribución del científico. En contraste, la recompensa de quien produce un avance tecnológico sí es pecuniaria, por cuanto su propósito es apropiar las rentas privadas del conocimiento."* ZERDA SARMIENTO, Op. cit.,p.68.

Siendo necesario que los centros de investigación, laboratorios o universidades sean obligados a obtener el consentimiento de las comunidades indígenas tanto en el momento del aprovechamiento del uso de los saberes, los conocimientos y de los productos genéticos en un primer período, como de los segundos usos que se hagan de los productos derivados o de las plantas¹³¹, con el fin de impedir la depredación y la extinción de las comunidades tradicionales producto del aprovechamiento inaudito por parte de las sociedades modernas que, ante la inminente desinformación de los grupos étnicos, logran obtener el máximo aprovechamiento de sus recursos causando el agotamiento de los mismos. Además, porque *“El consentimiento fundamentado previo, representa un derecho inherente y colectivo de los pueblos indígenas y de las comunidades locales, lo cual incluye denegar el acceso u otras actividades siempre que contradigan sus tradiciones y creencias.”*¹³².

La retribución que buscan las comunidades locales e indígenas, cuando la sociedad moderna toma para sí sus conocimientos y saberes sobre la biodiversidad, o cuando ven una amenaza o una acción que sea la causa de una posible extinción de su cultura, **no es económica**, al contrario, *“Radica en un reconocimiento de sus derechos políticos, territoriales y culturales”*¹³³, en la generación de capacidades para preservar y desarrollar los sistemas de

¹³¹ A estos segundos usos se les conoce como el nombre de **SERENDIPIA**

¹³² Ibid., p. 150.

¹³³ Resaltado añadido. Ibid., p. 66.

conocimiento, y en el **reconocimiento de sus derechos colectivos como comunidad.**

Buscan además el respeto hacia su sistema económico, sistema diferente al establecido por la sociedad moderna, porque, y como lo señala Álvaro Zerda:

“La vida económica de las comunidades es el resultado de la interacción de su cultura con el mundo natural, no es acumulación de riqueza, no es una esfera separada de lo social, es propiedad comunitaria. La concepción para las comunidades étnicas de que la propiedad es intangible, se relaciona con manifestaciones espirituales, que si bien es protegida al interior del grupo, es inalienable. Por lo tanto, la formulación de un sistema de protección al conocimiento vernáculo debe partir de este hecho y en consecuencia proponer sistemas colectivos de apropiación y beneficio, para la comunidad como un todo. Las comunidades indígenas no tienen la noción de propiedad privada ni de las instituciones de mercado. (...) También hay indicios de existencia de formas similares a la propiedad privada en ciertas comunidades, como los Miskitos, los Shuar, y los Siona, lo que permite construir un “metasistema” conceptual que define el comportamiento de las etnias para el trabajo y el consumo como resultado de un sistema de reciprocidad, presente transversalmente y que define las características del sistema de protección a su propiedad intelectual”¹³⁴.

¹³⁴ Ibid., p 170.

En los últimos años se ha presentado una creciente reclamación por parte de las comunidades indígenas ante la *“masiva e incesante bio-piratería por parte de las compañías industriales farmacéuticas, y de parte de las empresas productoras de semillas y de agroquímicos”* (Zerda Álvaro: 2003). Ellos buscan protección de los derechos que tienen sobre sus conocimientos, exigen respuestas jurídicas para que, mediante los mecanismos legales, se puedan proteger sus derechos colectivos al uso, transmisión y protección del conocimiento y patrimonio cultural.

Lo más importante, estos grupos étnicos o locales esperan que se les respete como comunidad, es decir, que no se les limiten su lenguaje, sus tradiciones, formas y valores artísticos, ni las instituciones en que se basa su cultura, pero sobre todo que no sean vulnerados sus derechos colectivos sobre los conocimientos que poseen como grupo acerca de su sociedad, del medio ambiente, de la cultura, etc.

- **Convenio sobre Diversidad Biológica - CDB. Artículo 8J**

La Organización de las Naciones Unidas ha manifestado que es necesario que a las comunidades indígenas se les reconozcan no solo sus derechos sobre el conocimiento vernáculo sino también se les otorguen derechos sobre sus tierras y se les permita *“determinar libremente sus propias prioridades, en tanto ello afecta sus vidas, creencias, instituciones y su bienestar espiritual”* (UN,1993).¹³⁵.

¹³⁵ Ibid., p 98.

En las últimas décadas han surgido acuerdos internacionales como es el caso del Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB), el cual *“recogió parcialmente las reclamaciones de las organizaciones indígenas y reconoció como resultado de un proceso en el que las organizaciones indígenas realizaron intenso trabajo para obtener que el acuerdo final incluyera el reconocimiento pleno del conocimiento tradicional y quedara exento de cualquier posibilidad individual (CDB,1995). Sin embargo, el texto que finalmente quedó en el Convenio ha sido considerado muy general y vago, sin que establezca las obligaciones legales de los países signatarios (Costa e Silva).”*¹³⁶

Álvaro Zerda habla al respecto:

“La diversidad biológica constituye, de manera explícita, patrimonio de los países” (artículo 3 CDB) ¹³⁷, por lo tanto, todo uso y transferencia de innovaciones tecnológicas, desarrollados a partir de los recursos genéticos originarios de las comunidades locales e indígenas, a través de “corporaciones transnacionales, por ejemplo, pueden ser objeto de derechos de propiedad intelectual” (DPI) (Bravo, 1997:122)

El Convenio sobre la Diversidad Biológica en su numeral 8j, señala:

¹³⁶ ZERDA SARMIENTO, Op. cit., p 90.

¹³⁷ (Artículo 3° CDB) (DPI) (Bravo, 1997:122). Citado por: ZERDA SARMIENTO, Op. cit., p. 69.

“Con arreglo a su legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente¹³⁸;

Mediante este artículo, se está reconociendo el proceso de innovación tradicional, el conocimiento y los estilos de vida de las comunidades locales e indígenas, además de considerar a estas como sujeto jurídico para ser protegidos por la ley, y por lo tanto que les sea reconocida, su participación equitativa en los beneficios derivados de la explotación de sus saberes y de su cultura.

Para la preservación del conocimiento y de los saberes sobre la biodiversidad, la educación es importante, debiendo ser implementada por los miembros de la misma comunidad, donde su método de enseñanza proteja su sistema de comunicación y su cultura; además es primordial que los Estados generen apoyos hacia los grupos étnicos para la investigación donde podrán colaborar *“equipos formados con investigadores científicos occidentales”*, con el objetivo,

¹³⁸ Artículo 8° numeral J Convención sobre la Diversidad Biológica. Río de Janeiro: CDB, 1992,.

de ser posible, la transferencia de tecnologías y conocimientos vernáculos conservando la biodiversidad.

- **Medida Provisional de la República de Brasil, con Fuerza de Ley N° 2.186-16 del 23 de Agosto de 2001**

Esta medida regula el acceso al patrimonio genético, a los conocimientos tradicionales conexos y su protección, a la distribución de los beneficios y el acceso a la tecnología y su transferencia, con miras a la conservación y la utilización del patrimonio genético. Reglamenta el inciso II de los numerales 1° y 4° del artículo 225° de la Constitución; el artículo 1°; **el apartado j) del artículo 8°**; el apartado c) del artículo 10°; el artículo 15°; y los párrafos 3° y 4° del artículo 16° del Convenio sobre la Diversidad Biológica.

Protegiendo los conocimientos tradicionales en el tema del Patrimonio genético originario de las comunidades indígenas y locales, contra la utilización y la explotación ilícitas y otras acciones que sean perjudiciales o que no son autorizadas por el Consejo de Gestión.

Reconoce el derecho de las comunidades indígenas o de los grupos locales a decidir sobre el empleo de sus conocimientos tradicionales vinculados al patrimonio genético nacional. Estos conocimientos al ser parte del patrimonio cultural brasileño, podrán ser registrados según lo dispuesto por el Consejo de Gestión o la legislación específica.

Se tendrá acceso al conocimiento tradicional vinculado al patrimonio genético que exista en el territorio nacional (Brasil), en la plataforma continental y en la zona económica exclusiva, sí es para fines de investigación científica, de desarrollo tecnológico o bio-prospección, o cuando estos sean necesarios para la conservación de la diversidad biológica, la integridad del patrimonio genético del País y la utilización de sus componentes, pero siempre y cuando exista previa autorización de parte de “*La Unión*”. Por ende, todo uso, comercialización y aprovechamiento están sometidos a la fiscalización, a restricciones y, sobre todo, a la obligación de distribuir los beneficios en los términos y las condiciones establecidos mediante esta medida provisional con fuerza de ley.

El derecho de acceso al componente del patrimonio genético mediante la recolección de muestras y de información, respectivamente, solo podrán tenerlo las instituciones nacionales, públicas o privadas, que ejerzan actividades de investigación y desarrollo en los ámbitos biológico y afines. Una institución extranjera podrá ser participe en la expedición de recolección de muestras, si lo hace conjuntamente con una institución pública nacional, “*quien se encargará obligatoriamente de la coordinación de las actividades, y siempre y cuando todas las instituciones participantes se dediquen a actividades similares*” (Artículo 16, Medida Provisional N° 2.186-16). Toda investigación sobre los componentes del Patrimonio Genético deberá realizarse de preferencia en el territorio nacional. En otras palabras, lo que se pretende es

que la investigación sobre los recursos genéticos del país de origen no se desarrolle en centros de investigación ubicados en otros países¹³⁹.

Así mismo el Estado tiene el deber de hacer una distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de la explotación de componentes del patrimonio genético y de los conocimientos tradicionales.

La Ley prohíbe el acceso hacia los conocimientos tradicionales cuando, con este, se afectan el medio ambiente y la salud humana, o cuando su uso esta destinado para la construcción de armas biológicas y químicas. Si existen pruebas científicas fundadas acerca del peligro de daños grandes e irreversibles a la Diversidad Biológica, los poderes públicos con la mediación del Consejo de Gestión del Patrimonio Genético¹⁴⁰, pueden tomar cualquier medida que sea necesaria incluyendo la suspensión de esas actividades (Artículos 5° y 6° de la Medida Provisional con fuerza de Ley de la República de Brasil)

Buscando la protección de los conocimientos tradicionales (patrimonio genético) de las comunidades indígenas y locales, el Estado les reconoce el

¹³⁹ Por "*País de origen de recursos genéticos*" se entiende el país que posee esos recursos genéticos en condiciones in situ.

Condiciones in situ. Se entienden las condiciones en que existen recursos genéticos dentro de ecosistemas y hábitat naturales, y en el caso de las especies domesticadas o cultivadas, en los entornos en que hayan desarrollado sus propiedades específicas.

Condiciones ex situ: conservación de muestras de componentes del patrimonio genético fuera de su hábitat natural, en colecciones de organismos vivos o muertos.

¹⁴⁰ El Consejo de Gestión del Patrimonio Genético fue instituido por esta ley, adscrito al Ministerio del Medio Ambiente. Está integrado por Representantes de los órganos y las entidades de la Administración Pública Federal que sean competentes en las materias que trata esta Medida Provisional.

derecho que poseen sobre los saberes, al grupo donde este patrimonio es originario, teniendo la facultad de decidir sobre el empleo de aquellos conocimientos vinculados al Patrimonio Genético Nacional; por lo tanto tienen la posibilidad de:

- Constar el origen de acceso de los conocimientos tradicionales en todas las publicaciones, utilidades, investigaciones y divulgación.
- Impedir a terceros no autorizados para que utilicen o realicen pruebas e investigaciones en relación con los conocimientos tradicionales conexos, o que estos divulguen, transmitan o retransmitan datos o informaciones que constituyan los conocimientos tradicionales conexos o formen parte de ello.

Estos dos puntos son un claro ejemplo de derechos morales de los derechos de autor, explicados en el primer capítulo de esta Tesis.

Según esta Medida Provisional, se considerarán derechos patrimoniales, todo derecho que poseen las comunidades indígenas y locales para obtener beneficios de la explotación económica por terceros, ya sea directa o indirectamente sobre los conocimientos tradicionales conexos, cuyos derechos les pertenecen en los términos establecidos por esta Ley.

Todo conocimiento tradicional vinculado al patrimonio genético puede ser propiedad de una comunidad, aunque solo uno de sus miembros sea el único poseedor. Es decir, que si el chamán es el único dentro del grupo que tiene

acceso a ese conocimiento tradicional, (conocimiento individual o distribuido¹⁴¹), este, puede ser propiedad del grupo. Por ende el Estado reconoce el derecho de las comunidades indígenas y locales a decidir sobre el empleo de sus conocimientos tradicionales conexos al Patrimonio Genético, y podrán ser registrados oficialmente según lo disponga el Consejo de Gestión o la legislación específica, sin que se obstaculice la preservación, la utilización o el desarrollo de los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas o locales.

Estas medidas de protección no podrán perjudicar, afectar ni limitar los derechos de propiedad intelectual.

- **Ley N° 26839 de 16 de Julio de 1997 de Perú**

La Ley N° 26839 de 16 de julio de 1997 de la República de Perú regula el tema de la conservación de la diversidad biológica¹⁴² y la utilización sostenible de sus componentes, en concordancia con los artículos 66° y 68°¹⁴³ de la

¹⁴¹ Ver el Capítulo 4.3: Normatividad que se desprende del artículo 8j de la CDB de Río de Janeiro de 1992: Brasil, Perú / **El conocimiento vernáculo.**

¹⁴² Las Áreas Naturales Protegidas son *“aquellos espacios continentales y/o marinos del territorio nacional, reconocidos, establecidos y protegidos legalmente por el Estado, debido a su importancia para conservar la diversidad biológica y otros valores asociados: estas áreas se establecen con carácter definitivo y la modificación de su norma de creación sólo podrá ser autorizada por Ley”.*

¹⁴³ *“Artículo 66°. Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento”. “Artículo 68°. El Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas”.*

Constitución Política y con el Convenio de la Diversidad Biológica de Río de Janeiro (CDB), teniendo como fin los siguientes objetivos¹⁴⁴:

- *“La conservación de la diversidad de ecosistemas especies y genes, así como mantener los procesos ecológicos esenciales de los que dependen la supervivencia de las especies.*
- *Promover la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de la diversidad biológica*
- *Incentivar la educación, el intercambio de información, el desarrollo de la capacidad de los recursos humanos, la investigación científica y la transferencia tecnológica, referidos a la diversidad biológica y a la utilización sostenible de sus componentes*
- *fomentar el desarrollo económico del país en base a la utilización sostenible de los componentes de la diversidad biológica, promoviendo la participación del sector privado para estos fines”.*

El Estado es soberano para la adopción y utilización sostenible de la diversidad biológica, por lo tanto es quien tiene el deber de regular el aprovechamiento sostenible de sus componentes¹⁴⁵.

Sin embargo el Estado debe dar reconocimiento, importancia y valor a los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades campesinas y nativas, para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica.

¹⁴⁴ Artículo 3°, Ley N° 26839 de 16 de julio de 1997 de Perú

¹⁴⁵ Ver: artículo 7° de la Ley, en concordancia con el artículo 68° de la Constitución de Perú.

Por ende, es necesaria la promoción de la utilización de este conocimiento con el consentimiento informado de dichas comunidades, garantizando la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de su utilización.

Así mismo, dicha Ley reconoce que estos conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades campesinas, nativas y locales asociados a la diversidad biológica, constituyan patrimonio cultural de las mismas, teniendo el derecho y la facultad de decidir respecto a su utilización. Los derechos de los pueblos indígenas sobre sus conocimientos colectivos son inalienables e imprescriptibles¹⁴⁶.

En concordancia con la ley N° 27811 de 10 de agosto de 2002, *“las generaciones presentes de los pueblos indígenas preservan, desarrollan y administran sus conocimientos colectivos en beneficio propio y de las generaciones futuras”* (Artículo 9°). Se entiende por conocimientos colectivos aquellos desarrollados por los pueblos indígenas respecto a las propiedades de los recursos biológicos pertenecientes al grupo como tal y no a individuos determinados que forman parte de dicho pueblo¹⁴⁷. Conocimientos, que a su vez, pueden pertenecer a varias comunidades (artículo 10°). Esta norma no es contraria a aquellos derechos que se generan al interior de los pueblos

¹⁴⁶ Artículo 24°, Ley N° 26839 de 16 de julio de 1997 de Perú, y Artículos 11° y 12°, Ley 27811 de la República del Perú, del 10 de Agosto de 2002

¹⁴⁷ El Artículo 1° de la Ley 27811 de la República de Perú del 10 de Agosto de 2002 señala que el Estado Peruano reconoce el derecho y la facultad de los pueblos y comunidades indígenas de decidir sobre sus conocimientos colectivos.

indígenas y “para cuyo efecto de distribución de beneficios podrán apelar a sus sistemas tradicionales”¹⁴⁸.

Los pueblos indígenas están protegidos contra la revelación, adquisición o uso del conocimiento colectivo o ante el uso desleal o sin consentimiento previo de la comunidad. Pero esta protección se presenta siempre y cuando este conocimiento no se encuentre bajo el dominio público¹⁴⁹.

Así mismo las comunidades están protegidas contra la divulgación, por parte de un tercero, sin autorización, cuando este haya tenido acceso legítimo al conocimiento pero con el deber de reserva¹⁵⁰.

Según el Artículo 15° de la Ley 27811 del 10 de Agosto de 2002, Los conocimientos colectivos se pueden registrar a través de tres modalidades diferentes:

- *Registro Nacional Público de Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas*

¹⁴⁸ Siendo este un ejemplo de lo señalado por el Doctor Álvaro Zerda Sarmiento acerca del conocimiento distribuido, individual y conocimiento común.

¹⁴⁹ Se consideran conocimientos colectivos que están en el dominio público “*Aquellos conocimientos que han sido accesibles a personas ajenas a los pueblos indígenas, a través de medios de comunicación masiva, tales como publicaciones, o cuando se refiera a propiedades, usos o características de un recurso biológico que sean conocidos masivamente fuera del ámbito de los pueblos y comunidades indígenas*”. Artículo 13°, Ley 27811 del 10 de Agosto de 2002 de la República de Perú, en concordancia con el Artículo 18° de la Ley N° 26839 de 16 de julio de 1997 de Perú, según el cual las Áreas naturales protegidas son de dominio público, y por lo tanto no podrán ser adjudicadas en propiedad a los particulares.

¹⁵⁰ Estos dos Párrafos son un claro ejemplo de derechos morales y derechos patrimoniales de los derechos de propiedad intelectual.

- *Registro Nacional Confidencial de Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas*
- *Registros Locales de Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas*

Los interesados en acceder a los conocimientos colectivos con fines de aplicación científica, comercial e industrial deberán solicitar el consentimiento previo de las organizaciones representativas¹⁵¹ de los pueblos indígenas donde es originario dicho conocimiento colectivo.

En el caso que una empresa busque el acceso a los conocimientos tradicionales con fines de aplicación industrial o comercial, *“deberá suscribir una licencia donde se prevean condiciones para una adecuada retribución por dicho acceso y se garantice una distribución equitativa de los beneficios derivados del mismo”*¹⁵².

La Ley N° 26839 de 16 de julio de 1997 aclara que aquellos derechos otorgados por el Estado, sobre los recursos biológicos, no incluyen derechos sobre los recursos **GENÉTICOS**, contenidos en los mismos.

¹⁵¹ El Artículo 14° de la Ley N° 27811 de la república del Perú, del 10 de Agosto de 2002 establece: *“Para efectos de este Régimen, los pueblos indígenas deberán ser representados a través de sus organizaciones representativas, respetando las formas tradicionales de organización de los pueblos indígenas”*.

¹⁵² Artículo 7°, Ley N° 27811 de la República del Perú, del 10 de Agosto de 2002.

Cuando se otorgue derechos a una institución para el acceso a los recursos genéticos, el Estado debe ser parte y por lo tanto intervenir en el procedimiento de acceso a ellos, y podrá establecer limitaciones totales o parciales¹⁵³ en casos como endemismo, rareza o peligro de extinción de las especies, subespecies, variedades o razas; en condiciones de vulnerabilidad de los ecosistemas; por efectos adversos sobre la salud humana o sobre elementos esenciales de la identidad cultural de los pueblos; por impactos ambientales sobre las especies y los ecosistemas; por peligro de erosión genética; por regulaciones sobre bio-seguridad; y por tratarse de recursos genéticos o áreas geográficas calificadas como estratégicas.

La investigación científica y tecnológica sobre el conocimiento es importante en esta Ley. A ello se refiere el título VII en sus dos artículos. De acuerdo con el artículo 25°, el Estado con la participación de la empresa privada promueve aspectos tales como: El desarrollo de la investigación científica, el acceso, generación y transferencia de tecnologías apropiadas, incluidas la biotecnología; el intercambio de información y de personal técnico; la elaboración y ejecución de un plan de acción de investigación científica sobre la diversidad biológica; la investigación aplicada a la solución de problemas referidos a la pérdida, degradación o disminución de los componentes.

Igualmente el artículo 26° del mismo título, declara de prioridad e interés nacional la investigación científica sobre: El conocimiento de las especies de flora, fauna, microorganismos y ecosistemas mediante la realización de

¹⁵³ Artículo 29°, Ley N° 26839 de 16 de julio de 1997 de la República Perú.

inventarios, estudios biológicos y de seguimiento ambiental; el manejo y conservación de los ecosistemas y especies silvestres de importancia económica, científica social o cultural; el conocimiento, conservación y aplicación industrial y medicinal de los recursos genéticos mediante biotecnología tradicional y moderna; la utilización diversificada de los recursos de la diversidad biológica más abundantes y sustitución de los más escasos; la conservación y manejo sostenible de los ecosistemas, en particular de los bosques, las tierras frágiles, tierras áridas y semiáridas y los humedales; la restauración de las zonas degradadas; y el desarrollo de tecnología apropiada y el uso complementario de las tecnologías tradicionales con las modernas.

Esta Ley establece

mecanismos de conservación in situ de la diversidad biológica, mediante la declaración de Áreas Naturales protegidas y el manejo regulado de otros ecosistemas naturales, para garantizar la conservación de ecosistemas, especies y genes en su lugar de origen y promover su utilización sostenible; y el establecimiento de centros de conservación ex situ tales como: herbarios, jardines botánicos, bancos de genes, entre otros, para complementar las medidas de conservación in situ, siendo prioridad para estos centros el mantenimiento y el manejo de las especies nativas y sus parientes silvestres¹⁵⁴.

¹⁵⁴ Artículo 13° y 14°, Ley N° 26839 de 16 de julio de 1997 de Perú.

4.2.3. PROTECCIÓN BAJO EL SISTEMA GENERAL DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y DERECHOS DE AUTOR

Recordando lo señalado en los capítulos anteriores: las leyes de propiedad intelectual buscan reconocer y garantizar los derechos que posee el individuo sobre la obra creada o sobre su innovación, abarcando tanto, los derechos de autor y derechos conexos, como la propiedad industrial.

Las normas que han tratado el tema de los derechos de propiedad intelectual, en muchas ocasiones han contribuido a la solución de problemas jurídicos que se han presentado en materia de conocimientos tradicionales, dado que estas normas pueden llegar a contener algunas respuestas a los problemas que se presentan alrededor de la novedad y originalidad de este tipo de conocimiento. Se cree que se pueden aplicar las normas existentes en materia de propiedad intelectual aunque no se identifiquen fácilmente los creadores o inventores.

Aunque, la protección de la propiedad intelectual se ha transformado para ser un mecanismo eficaz en temas como el progreso tecnológico, la transferencia y la difusión de tecnología y estar al servicio de los derechos e intereses de los creadores, así como de la equidad en las actividades comerciales. **Aun la propiedad intelectual no abarca la posibilidad que las colectividades tengan el derecho como comunidad** de: “prohibir que otros reproduzcan su obra y/o fijen sus interpretaciones o ejecuciones o las reproduzcan (derecho de autor y derechos conexos) así como el derecho de excluir a otros de la utilización del objeto protegido (derechos de propiedad industrial). La idea

fundamental es que la propiedad intelectual es el derecho de decir “no” a terceros (y en consecuencia, el derecho de decir “sí” a una persona que solicite el permiso de reproducir y/o utilizar el objeto protegido)”¹⁵⁵.

Existen problemas cuando se habla de derechos de autor en la concepción jurídica occidental, donde el sujeto tutelable es el individuo y no una colectividad, generando graves problemas de usurpación de saberes, conocimientos ancestrales y también del folclore de una comunidad, teniendo los usurpadores la posibilidad de obtener provechos económicos, sin una obligación de reconocer la paternidad de la obra a la comunidad.¹⁵⁶

Jesús Prieto De Pedro se refiere a este tema: *“El derecho de autor está construido sobre una matriz individualista que los concibe como el derecho de sujetos individuales, pero no protege la autoría de sujetos colectivos en el sentido esencial o profundo del concepto. Los problemas que plantea esta falla jurídica son graves e inmorales, pues facilita la apropiación privada -que es una auténtica usurpación de, por ejemplo, manifestaciones del patrimonio folclórico musical de grupos y comunidades. En conclusión habrá que extender la protección del derecho de autor a los grupos y comunidades como un derecho cultural básico”*¹⁵⁷.

¹⁵⁵ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, Op. cit., párrafo 19.

¹⁵⁶ Como lo podemos observar en los casos de patentes, cuando a los agricultores se les obliga a pagar por el uso del suelo, debido a que algunas empresas se apropian y patentan sus saberes y productos.

¹⁵⁷ (Prieto de Pedro, 350). Citado por: MEJIA ARANGO. Comentarios sobre los derechos culturales en América Latina, Op. Cit., p. 117.

Sin embargo el Comité Intergubernamental sobre propiedad intelectual y recursos genéticos, conocimientos tradicionales y folclor, señala que las normas existentes sobre derechos de propiedad intelectual tienen la posibilidad de regular el tema de los conocimientos tradicionales, aunque estos sean creados por una comunidad, y no por un individuo, ya que la figura busca proteger la obra o creación mas que al autor.

Es decir, aunque no es posible una identificación clara de los creadores o de los inventores, ello no impide la regulación de los derechos de propiedad intelectual sobre el bien creado; de la misma manera que se le reconocen los derechos de propiedad intelectual a una empresa como General Motors, constituida por un grupo de accionistas, siendo, esta empresa, una colectividad mucho más importante y difundida, y con más personas que la conforman, que aquellos grupos o comunidades de las que estamos tratando en este capítulo.

Según Marco Matías Alemán mucho del “*material*” que hace parte de los conocimientos tradicionales ya recibe protección de otros sectores de la legislación de propiedad intelectual tales como: derechos de autor, las leyes que han tratado el tema sobre modelos y dibujos, los derechos de los artistas, interpretes o ejecutantes, el derecho de marcas y la legislación sobre la confidencialidad o la información no divulgada. Algunos conocimientos tradicionales pueden ser protegidos o regulados también por otro tipo de legislación que no tienen que ver con los derechos de propiedad intelectual, tales como: los contratos o la legislación relativa al patrimonio cultural.

No es solo el contenido lo que hace que estos conocimientos sean tradicionales, es también, el contexto, el método, y las *“calidades del proceso intelectual que generan el conocimiento”*, y es precisamente, por la forma como se originan, preservan y transmiten los conocimientos, que el procedimiento se vuelve tan significativo como el propio contenido.

La característica principal de los derechos de propiedad intelectual aplicables a los conocimientos tradicionales es que son el resultado de una actividad intelectual y, por consiguiente, no es simplemente un artefacto u objeto físico asociado a una cultura local o indígena. Al ser calificado como una forma de *“conocimiento”* se le incluye automáticamente en la esfera de la actividad intelectual en su sentido más amplio, por lo que puede derivarse de actividades intelectuales en toda una serie de ámbitos como el industrial, científico, literario o artístico.

Si observamos por separado los elementos que componen un producto, podemos encontrar que cada uno de los instrumentos que hacen parte de la propiedad intelectual pueden proteger, si no todos, la mayoría de los conocimientos tradicionales que lo conforman.

Tomando como ejemplo la poción que prepara el chaman, podemos observar que:

- Las plantas utilizadas para la preparación de la pócima, pueden ser protegidas mediante el *“sistema de protección de obtenciones vegetales”*

siempre y cuando estas sean nuevas y estables, tengan un carácter distintivo y sean homogéneas.

- Si la fórmula o pócima en sí, cumple con los requisitos de innovación y con la actividad inventiva, es susceptible de aplicación industrial y no haya sido previamente divulgada, puede ser objeto de una **patente**. También puede serlo el uso de la dosis de la pócima *“en virtud de la legislación de los países de algunos miembros del Comité que conceden patentes para nuevos usos de sustancias, así como para métodos terapéuticos nuevos e inventivos”*¹⁵⁸
- Por su parte el rezo, puede ser amparado por el **derecho de autor**
- Así mismo la interpretación o ejecución, puede estar protegida por **derechos conexos derivados del derecho de autor**, es decir, que el chaman al ser considerado el interprete o ejecutante, puede, por tanto estar beneficiado con *“la concesión del derecho de autorizar la fijación de su interpretación o ejecución”*.
- El recipiente donde se contiene la pócima puede ser **protegido o patentado**, si este tiene *“características funcionales nuevas e inventivas”*; si no las tiene, es posible su protección mediante un **sistema de diseños industriales**.

¹⁵⁸ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, Op. cit., párrafo 23.

- Por último *“el dibujo del recipiente y el atuendo pueden ser protegidos por los sistemas ya sea de **derecho de autor o bien de diseños industriales**”*.

En la tercera sesión del Comité Intergubernamental sobre propiedad intelectual y recursos genéticos, varios miembros señalaron que los mecanismos existentes de propiedad intelectual pueden ser usados para la protección de los conocimientos tradicionales y explicaron ejemplos de su utilización en varios países:

“La Unión Europea, Hungría, Suiza y Turquía, han presentado una lista extensa de los mecanismos existentes, lo cual implica que el derecho a la protección de los conocimientos tradicionales depende casi exclusivamente del cumplimiento de las condiciones jurídicas anteriormente establecidas. En las respuestas de otros miembros se afirma que ciertos mecanismos específicos son más adecuados que otros para proteger los conocimientos tradicionales: Indonesia ha puesto de relieve la importancia del derecho de autor, de los signos distintivos (incluidas las indicaciones geográficas) y el secreto comercial; Noruega ha mencionado especialmente la protección mediante el secreto comercial de los conocimientos tradicionales que no sean de dominio público, así como, indirectamente el derecho de marcas. Samoa también ha puesto de relieve la importancia del derecho de autor y los derechos conexos”¹⁵⁹

¹⁵⁹ Ibid., párrafo 24.

A diferencia de Panamá que ha creado su propio sistema sui generis, como se explicó en numerales anteriores, otros países como Canadá, Australia, la Federación Rusa y Kazajstán, han utilizado elementos propios de los derechos de propiedad intelectual para la regulación de conocimientos tradicionales:

- Australia ha identificado cuatro casos que demuestran la facultad de su sistema de propiedad intelectual para proteger los conocimientos tradicionales.
- Canadá utiliza los derechos de autor, a favor de los artistas, compositores y escritores aborígenes de creaciones basadas en la tradición, en virtud de la Ley de Derechos de autor. *“Los pueblos aborígenes utilizan las marcas comerciales en particular, las marcas de certificación, para identificar toda una serie de productos y servicios (...). Muchas empresas y organizaciones aborígenes han registrado marcas relacionadas con símbolos y nombres tradicionales a los productos alimenticios”. (...)*
- *“Kazajstán y la Federación de Rusia han proporcionado ejemplos de conocimientos tradicionales mediante la concesión de patentes”¹⁶⁰.*

A pesar de todas las posibilidades que los derechos de propiedad intelectual ofrecen, mediante la utilización de instrumentos legales creados por la sociedad moderna para la protección de los derechos de autor, (patente,

¹⁶⁰ *“En Kazajstán la apariencia externa de la vestimenta tradicional, los peinados (saykele), las alfombras (Tuskiiz), las decoraciones de sillas de montar, las viviendas (yurta) y sus elementos estructurales, así como los accesorios para vestir de las mujeres, tales como las pulseras (blezik) las cunas típicas nacionales y las vajillas (piala, torcyk) están protegidos en calidad de dibujos o modelos industriales”.*Ibid., párrafo 24

Copyright, etc.), algunos autores han encontrado limitaciones para la aplicación de estos instrumentos, tal como lo señala Álvaro Zerda. Para este autor instrumentos, como los contratos y las patentes, están enmarcados en una profunda asimetría en la información que los diversos actores poseen, además estos instrumentos siempre han buscado *“premiar la inventiva individual”*. (Álvaro Zerda: 2003 Capítulo 3). En este sentido cita a Nijar y Bravo quienes dicen que:

“El introducir el concepto de derechos de propiedad intelectual a la biodiversidad produciría impactos negativos en las comunidades que dependen de ella para su supervivencia. Adicionalmente, si una comunidad negocia su derecho con una empresa, sus conocimientos ligados a la biodiversidad, en realidad está vendiendo su derecho a sobrevivir en un hábitat determinado”¹⁶¹

A continuación se analizarán algunas de las figuras utilizadas para la protección de los derechos colectivos, como son: de un lado, el contrato y la patente que se estudiarán en conjunto con algunos artículos de las Decisiones de la Comunidad Andina referentes a este tema: Decisión 391, Régimen común de los recursos genéticos; Decisión 423, que modifica la octava disposición transitoria de la Decisión 391; Decisión 345, Régimen común de protección a los derechos de los obtentores de variedades vegetales. De otro lado se analizarán el Copyright, la Sociedad Global de Colección Biológica y el Secreto

¹⁶¹ (Nijar, 1996) , (Bravo, 1997: 131). Citado por: ZERDA SARMIENTO, Op. cit., p. 99.

Comercial, para luego comparar estas figuras con las críticas presentadas por Alvaro Zerda sobre estos instrumentos.

- **El Contrato**

Las sociedades modernas promueven el contrato como un instrumento esencial para la regulación y el intercambio de conocimiento entre las distintas sociedades (moderna y tradicional), con el fin de proporcionar *“acceso a elementos específicos de los conocimientos o a productos bajo el control de la comunidad”* (Zerda Álvaro: 2003).

“Los contratos representan el concepto más simple, puesto que han sido utilizados para proporcionar acceso a elementos específicos de los conocimientos o a productos bajo el control de la comunidad. Al mismo tiempo representan una etapa de cierto avance con respecto a la anarquía de un pre mercado propio de las zonas de colonización. Los contratos también han sido usados para negociar la recopilación de información o de sustancias bajo términos precisos cuyo incumplimiento es, en principio, objeto de un juicio legal, sin necesidad de definir nuevos instrumentos legales”. (Greaves: 1994; 6),¹⁶²

La Decisión 391 de la Comunidad Andina de Naciones define y regula el contrato de acceso hacia los conocimientos vernáculos de la siguiente forma:

¹⁶² ZERDA SARMIENTO, Op. cit., p 82.

Las partes:

Se tienen como partes del contrato: el Estado, representado por una Autoridad Competente; y el solicitante de acceso, teniendo la facultad para contratar en el País Miembro donde solicita el acceso al conocimiento, (Artículo 32 de la Decisión 391 de la Comunidad Andina de Naciones)

Términos y Condiciones del contrato.

El contrato debe tener en cuenta los derechos e intereses de los proveedores de los recursos genéticos y de sus productos derivados, de los recursos biológicos que los contengan y del componente intangible según proceda en concordancia con los contratos correspondientes. Además los términos del contrato de acceso deberán estar acordes con lo establecido en esta Decisión y en la legislación nacional de los Países Miembros (Artículos 33° y 34° de la Decisión 391 de Comisión Andina de Naciones)

Siendo necesario que en el contrato se incorpore un anexo, que haga parte integradora del contrato, en donde se prevé la distribución justa y equitativa de los beneficios provenientes de la utilización de dicho componente. Este anexo debe ser suscrito por el proveedor del componente intangible y por el solicitante del acceso. También puede ser suscrito por la Autoridad Competente, de conformidad con las previsiones de la legislación nacional del país miembro. En caso de que este anexo no sea suscrito por la autoridad competente, entonces,

estará sujeto a la condición suspensiva referida en el artículo 42°¹⁶³ de la presente Decisión. El incumplimiento de lo establecido en el anexo, será causa de resolución y nulidad del contrato. (Artículo 35° de la Decisión 391)

El contrato para el conocimiento vernáculo, presenta, según Álvaro Zerda ciertos inconvenientes.

Primero: No se sabe si el precio al que están obligados los laboratorios, los centros de investigación o las universidades es para el pago de la recolección de la materia prima o es el pago, a las comunidades, por permitir a los laboratorios y otras instituciones el acceso al conocimiento vernáculo que ellos poseen.

Segundo: Determinación de las partes en el contrato. Muchas veces estos contratos son realizados por la sociedad moderna con la ayuda de un interventor o recolector que no tiene o no hace parte del grupo étnico; este saca la información o el conocimiento mediante engaños y se lo vende a las grandes multinacionales o a las universidades.

¹⁶³ **Artículo 42°** Decisión 391 de la Comunidad Andina de Naciones: *“Los contratos accesorios que se suscriban incluirán una condición suspensiva que sujete su perfeccionamiento al del contrato de acceso. A partir de ese momento se harán efectivos y vinculantes y se regirán por los términos mutuamente acordados, las disposiciones de esta Decisión y por la legislación subregional o nacional aplicables. La responsabilidad por su ejecución y cumplimiento, corresponde únicamente a las partes en el contrato”.*

Tercero: el pago realizado por los laboratorios también presenta ciertos problemas e inconvenientes,

- No se sabe si los laboratorios pagan por la información dada o por el trabajo de recolección de la materia prima, o se pifien un precio para el pago del conocimiento otorgado por la comunidad local.
- La obligación que surge del pago no es clara al momento de establecer si a las comunidades originarias de esos conocimientos tendrán dominio en las utilidades que se generen por las *“ventas futuras de productos resultantes del acuerdo”*.
- Tampoco es claro como se establecería la recompensa que se pagaría a mediano plazo en caso de llegar a comercializar un producto. Aunque las comunidades sí pierden de hecho el control sobre la información y el material genético que entregan.

Cuarto: Desigualdad entre las partes; la comunidad étnica no tiene experiencia en la creación de los contratos, ni tiene claro las estrategias que deben ejecutarse en estos casos, tampoco tienen conocimiento del contrato realizado por la institución compradora con el recolector, ni poseen ninguna tabla de referencia que les permita saber cual es un precio justo en la venta de sus conocimientos. Por lo tanto la comunidad *“suele vender los conocimientos a precios absurdamente bajos”*.

Por último cabe destacar lo dicho por Álvaro Zerda en su libro propiedad intelectual sobre el conocimiento vernáculo¹⁶⁴.

“El intercambio de conocimiento vernáculo conlleva incertidumbre bilateral que eleva considerablemente los costos de transacción. Por el lado del actor de la sociedad moderna interesado en encontrar nuevas sustancias activas para medicamentos, existe incertidumbre sobre el potencial real que pueda tener determinada planta o sustancia, la cual sólo se despejará luego de someterla a investigación de laboratorio. También se presenta incertidumbre jurídica cuando no existen reglas de juego claras establecidas por los Estados sobre los requisitos para adelantar actividades de bioprospección y sus resultados. Por el lado de la comunidad, la incertidumbre es mayor, por cuanto no conoce exactamente los motivos del actor foráneo, no sabe valorar su conocimiento y tampoco la finalidad comercial última de su contraparte”.

- **Las Patentes**¹⁶⁵

¹⁶⁴ ZERDA SARMIENTO, Op. cit., p 89.

¹⁶⁵ ““Patente”, Es la abreviación legal para patente de privilegio, en su significado más general, es un documento expedido por un gobierno que otorga algún derecho o privilegio especial. “En los EE.UU. el término está actualmente restringido principalmente a patentes para las invenciones otorgadas bajo los estatutos federales. Las propiedades específicas de la innovación del artículo para el cual se solicita una patente se llaman reclamaciones. Una patente le provee al inventor el privilegio exclusivo de utilizar un proceso particular o de hacer, utilizar y vender un producto o aparato específico por un período de tiempo específico””. J. Thomas McCarthy, **Patentes, Marcas Registradas y Derechos de Autor [documento electrónico]**. En: **Agencia Federal para el Desarrollo de la Pequeña Empresa**, s.e, s.f. http://www.sba.gov/espanol/Anuncios_Comerciales/patentes.html (Citado: 1, Marzo 2007)

Según la Decisión 486 de 2000 de Cartagena: Régimen Común sobre Propiedad Industrial, que sustituye el Artículo 27° del Acuerdo de Cartagena y la Decisión 344 de la Comisión, en su capítulo 1° del Título II (Patentes de Invención) establece:

“Los Países Miembros deben de considerar un invento patentable a aquel producto o procedimiento, en todos los campos de la tecnología, si ese invento posee un nivel inventivo y es susceptible de aplicación industrial. Por lo tanto no se consideraran invenciones los descubrimientos, las teorías científicas y los métodos matemáticos, el todo o parte de seres vivos tal como se encuentran en la naturaleza, los procesos biológicos naturales, el material biológico existentes en la naturaleza o aquel que pueda ser aislado, inclusive genoma o genoplasma de cualquier ser vivo natural, las obras literarias y artísticas o cualquier otra protegida por el derecho de autor; los planes, reglas y métodos para el ejercicio de actividades intelectuales, juegos o actividades económicos- comerciales; los programas de ordenadores o el soporte lógico, como tales; y las formas de presentar información”.

A su vez el Artículo 16° de la Decisión 486 de 2000 dispone:

“Una invención se considerará nueva cuando no está comprendida en el estado de la técnica.

El estado de la técnica comprenderá todo lo que haya sido accesible al público por una descripción escrita u oral, utilización, comercialización o cualquier otro medio antes de la fecha de presentación de la solicitud de patente o, en su caso, de la prioridad reconocida”.

Las patentes reguladas por la Decisión 345, Protección a los derechos de los Obtentores de Variedades Vegetales, en su Artículo 4° del Capítulo III, señala:

“Los Países Miembros otorgarán certificados de obtentor a las personas que hayan creado variedades vegetales, cuando éstas sean nuevas, homogéneas, distinguibles y estables y se le hubiese asignado una denominación que constituya su designación genérica.

Para los efectos de la presente Decisión, entiéndase por crear, la obtención de una nueva¹⁶⁶ variedad¹⁶⁷ mediante la aplicación de conocimientos científicos al mejoramiento heredable de las plantas”.

¹⁶⁶ Según la decisión 345 Comunidad Andina de Naciones, **La novedad de la obtención vegetal se pierde cuando:** Artículo 8° “a) La explotación haya comenzado por lo menos un año antes de la fecha de presentación de la solicitud para el otorgamiento de un certificado de obtentor o de la prioridad reivindicada, si la venta o entrega se hubiese efectuado dentro del territorio de cualquier País Miembro; b) La explotación haya comenzado por lo menos cuatro años antes o, en el caso de árboles y vides, por lo menos seis años antes de la fecha de presentación de la solicitud para el otorgamiento de un certificado de obtentor o de la prioridad reivindicada, si la venta o entrega se hubiese efectuado en un territorio distinto al de cualquier País Miembro”.

Artículo 9.- “La novedad no se pierde por venta o entrega de la variedad a terceros, entre otros casos, cuando tales actos:

- a) sean el resultado de un abuso en detrimento del obtentor o de su causahabiente;
- b) sean parte de un acuerdo para transferir el derecho sobre la variedad siempre y cuando ésta no hubiere sido entregada físicamente a un tercero;
- c) sean parte de un acuerdo conforme al cual un tercero incrementó, por cuenta del obtentor, las existencias del material de reproducción o de multiplicación;
- d) sean parte de un acuerdo conforme al cual un tercero realizó pruebas de campo o de laboratorio o pruebas de procesamiento en pequeña escala a fin de evaluar la variedad;
- e) tengan por objeto el material de cosecha que se hubiese obtenido como producto secundario o excedente de la variedad o de las actividades mencionadas en los literales c) y d) del presente artículo; o,
- f) se realicen bajo cualquier otra forma ilícita”.

Actualmente, para las comunidades indígenas o locales donde es originario el conocimiento vernáculo, existe poca posibilidad que las oficinas de patentes les otorguen patentes para las plantas, fauna o flora y/o por los saberes que se han originado a través de sus costumbres y tradiciones.

Las razones son muy variadas, entre ellas podemos encontrar:

1. Los conocimientos tradicionales no son un producto novedoso, porque este conocimiento o saber se constituye *“Como parte de la tradición colectiva de las comunidades”*, clasificándose como *“materia ampliamente conocida”*, por eso, no se justifica su protección mediante instrumentos como las patentes; salvo en los casos en que mediante la investigación científica se añade un mayor valor (Zerda Álvaro: 2003);

¹⁶⁷ Dentro del glosario de la Decisión 345 de la Comunidad Andina de Naciones encontramos que se considera *MUESTRA VIVA: La muestra de la variedad suministrada por el solicitante del certificado de obtentor, la cual será utilizada para realizar las pruebas de novedad, distinguibilidad, homogeneidad y estabilidad. VARIEDAD: Conjunto de individuos botánicos cultivados que se distinguen por determinados caracteres morfológicos, fisiológicos, citológicos, químicos, que se pueden perpetuar por reproducción, multiplicación o propagación. DERIVADA: Se considerará esencialmente derivada de una variedad inicial, aquella que se origine de ésta o de una variedad que a su vez se desprenda principalmente de la primera, conservando las expresiones de los caracteres esenciales que resulten del genotipo o de la combinación de genotipos de la variedad original, y aún, si se puede distinguir claramente de la inicial, concuerda con ésta en la expresión de los caracteres esenciales resultantes del genotipo o de la combinación de genotipos de la primera variedad, salvo por lo que respecta a las diferencias resultantes del proceso de derivación. MATERIAL: El material de reproducción o de multiplicación vegetativa en cualquier forma; el producto de la cosecha, incluidas plantas enteras y las partes de las plantas; y, todo producto fabricado directamente a partir del producto de la cosecha.* Decisión 345 de la Comunidad Andina de Naciones. 21 de Octubre de 1993.

2. “Otorgarle un título de propiedad a las manifestaciones espirituales y estéticas de la comunidad, sobre bienes que materialmente no existen, constituiría un sin sentido”, (Este es un argumento que tienen las propias comunidades étnicas);
3. La legislación no ha reconocido en Colombia los derechos colectivos de las comunidades étnicas.

Irónicamente, las oficinas de patentes si aceptan solicitudes de laboratorios, centros de investigación o multinacionales, constituidos por un número plural de socios o accionistas, realizando desarrollos científicos derivados del conocimiento vernáculo, aunque dentro de sus reglas buscan “*premiar la genialidad inventiva individual*” para la creación de inventos, novedades, productos y desarrollos derivados del conocimiento tradicional. En el derecho se entiende por individuo toda persona natural o jurídica susceptible de derechos y de obligaciones.¹⁶⁸

En conclusión, la patente es una figura que pocos le apuestan para la protección del conocimiento vernáculo y de los derechos colectivos de las comunidades indígenas y locales, porque la patente esta creada para aquellos productos que revistan absoluta novedad, “*es decir, que el producto no haya sido conocido con anterioridad, por la comunidad*”, sin embargo esta figura tiene sus seguidores, quienes plantean que su aplicación a los “*conocimientos*

¹⁶⁸ Tal vez, las oficinas que otorgan patentes no aceptan las solicitudes de las comunidades por el hecho de tratarse de comunidades, sino porque: 1° no se otorgan patentes a elementos de conocimiento público, y 2° porque no son ante la Ley persona jurídica, es decir, no tienen una representación legal.

indígenas” es posible, porque dentro de las comunidades existen *“individuos creativos y geniales que contribuyen con innovaciones a la creación de conocimiento”*, clasificando para ser premiados de la misma manera en que las patentes incentivan al creador individual dentro de los parámetros fijados por el ADPIC.¹⁶⁹

Según el Doctor Álvaro Zerda en su libro Derechos de Propiedad Intelectual sobre el Conocimiento Vernáculo, el generar planteamientos como introducir dentro de una comunidad la premiación individual, puede ser un riesgo para el desmembramiento de la misma, ya que dentro de las sociedades tradicionales, y a diferencia de las modernas, no existe una convergencia entre los intereses de los líderes de las comunidades y los detentores del conocimiento tradicional. Los incentivos individuales pueden llevar a que los chamanes, curanderos, curacas, o cantadores adopten posiciones que disturbén el orden social y cultural de las etnias, siendo contrario a sus posibilidades de supervivencia. La ruptura de vínculos colectivos no constituye ciertamente una opción para las comunidades indígenas, implicando entonces incentivos hacia esa ruptura.

Existe una propuesta que señala que la estructura de las patentes debería ser distinta cuando se refiere a los conocimientos acumulados que poseen las comunidades, constituyéndose como una *“innovación”* en el sentido en que estas no han sido conocidas *“fuera de su mundo”*.

¹⁶⁹ ADPIC. Acuerdo de la OMC sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio.

Aunque es un argumento válido, para Álvaro Zerda esto no es suficiente para la reivindicación de las patentes como un mecanismo de protección del conocimiento vernáculo, porque debe determinarse quien será el titular de la patente cuando el conocimiento vernáculo es compartido por comunidades ubicadas en diferentes espacios geográficos. *“Una sola comunidad podría asimilarse a un agente colectivo titular de patente, como es el caso cuando le es otorgada a una empresa, un laboratorio o una universidad. Pero el caso sería diferente cuando se trata de varias comunidades”*, donde surgen varias preguntas: ¿Habría un solo titular? ¿Conformarían una federación esas comunidades?, preguntas que logran que estos planteamientos pierdan peso argumentativo. Además es poco probable que las sociedades tradicionales puedan sufragar los costos directos, de transacción y luego la defensa de la patente¹⁷⁰.

- **Derechos de Autor. Copyright**

Otra posibilidad para la protección de los derechos colectivos, es mediante un registro de inventos, regulado de manera similar a los derechos de autor: Copyright.

Los que están a favor de esta formula, como por ejemplo la Red del Tercer Mundo, una ONG Pro-indigenista, que propone establecer una Ley llamada, **LEY DE DERECHOS INTELECTUALES COMUNITARIOS**; tienen la creencia subyacente de que los pueblos indígenas y las comunidades locales *“necesitan*

¹⁷⁰ZERDA SARMIENTO, Op. cit., p. 106.

un mecanismo efectivo para proteger sus innovaciones y conocimiento de su mercantilización”.

Para Álvaro Zerda, con esta propuesta legislativa se está reconociendo implícitamente que el régimen de propiedad intelectual ha fallado, debiendo ser reemplazado por un sistema sui generis que reconozca formalmente el derecho a estos pueblos y comunidades.

Esta formula tampoco es la más precisa para el control de los derechos colectivos de las comunidades indígenas por que:

1. La experiencia ha demostrado que este no es un mecanismo ni propicio ni efectivo para proteger propiedad intelectual distinta a obras literarias y artísticas.
2. No logra evitar la utilización de la información, para el desarrollo de un producto del cual se necesita una patente, en ese caso, simplemente, en el momento de patentar el producto, se hace referencia a la fuente donde proviene la información original.
3. *“La introducción de ciertas especies en el sistema de mercado no es garantía ni que su precio refleje su valor, ni que este mecanismo ayude a la conservación de la biodiversidad en general, ni siquiera al de las especies en particular, pues una vez extraído el compuesto secundario que proporciona la información genética requerida la planta deja de tener valor comercial”¹⁷¹.*

¹⁷¹ (Reyes, 1996: 98) Citado por: ZERDA SARMIENTO, Op cit., p. 107.

- **Sociedad Global de Colección Biológica**

Otros autores, como por ejemplo Peter Drahos, plantean que lo mejor es la conformación de una organización internacional de naturaleza privada, teniendo como fin la administración de los derechos de propiedad del conocimiento tradicional asociado con la biodiversidad. Esta cumpliría las siguientes funciones:

Llevar registro del conocimiento que miembros de grupos y comunidades inscriban, estos serán confidenciales, no así las identidades de quienes efectúen las inscripciones, que serán públicas, por lo tanto, se espera que con este esquema se permita el diálogo entre la comunidad que ha inscrito su conocimiento y alguna compañía que pueda estar interesada en él. Esta relación, así establecida, podría fecundar en un acuerdo de acceso al conocimiento a cambio de una retribución para la comunidad.

Adicionalmente la sociedad global proveería algunos servicios de apoyo a las negociaciones entre las partes, mantendría registro de consultores que puedan aconsejar a las comunidades, podría monitorear el uso comercial del conocimiento tradicional y la aplicación a patentes. Además, *“la sociedad tendría una función de solución de disputas, sin que sus recomendaciones fueran legalmente vinculantes pero contaría con incentivos para que sean adoptadas, como el riesgo de expulsión, que significaría cierta clase de “ostracismo” internacional”*.

Esto lo explica Peter Drahos. Por el contrario Álvaro Zerda dice: aunque este método es de gran importancia porque se asemeja un poco al copyright¹⁷², este no acude a ningún instrumento del sistema moderno de protección a la propiedad intelectual, teniendo algunas falencias que impiden su práctica en los conocimientos vernáculos, tales como:

1. Es similar a las teorías que plantean la creación de bases de datos que recogen las expresiones del conocimiento vernáculo, por ende, una de sus desventajas es que el registro del conocimiento no garantiza la reserva del mismo, ni su utilización por terceros sin el previo conocimiento y aprobación por parte de las comunidades. *“tal debilidad no lograría superar la desconfianza de las comunidades para que se hicieran miembros de la Sociedad Global”* (Zerda, Álvaro: 2003).
2. La posibilidad para que el registro sea realizado por miembros de la comunidad de forma individual permite que dicho registro se lleve a cabo por terceros que no tienen que ver con esa comunidad constituyendo lo ya señalado, su descomposición.
3. La propuesta no sugiere como funcionará el registro y la retribución cuando el conocimiento registrado por una comunidad es detentado también por otras. Por lo que se generaría conflicto entre las comunidades que tienen

¹⁷² En esto no estoy de acuerdo con el Doctor Álvaro Zerda, porque es imposible que ambas figuras sean semejantes, pues, mientras que la primera es la ley que busca proteger los derechos de autor, el otro mecanismo es la creación de un órgano que encargado, mediante un contrato de mandato, del registro de los derechos de autor ante la entidad competente y busque la protección de los derechos ante posible violaciones y se le reconozcan la autoría cuando un tercero utiliza la creación para su provecho.

conocimientos similares, porque no está claro para quien serían los beneficios, o si en ese caso alguna comunidad tendría prioridad sobre otra.

4. Tampoco se establece con claridad si cuando se desarrollan análogos sintéticos del conocimiento vernáculo por parte de compañías o laboratorios, habrá extensión o no del beneficio para las comunidades que han registrado dicho conocimiento.

5. El periodo de protección de los derechos es corto comparado con otras figuras como por ejemplo, los derechos de autor: copyright que se extienden en muchas legislaciones por 75 a 80 años,

6. *“Su no vinculación a algún órgano con autoridad internacional, tipo Naciones Unidas o Convención de la Diversidad Biológica, le restaría legitimidad a la hora de actuar como mecanismo de obligatoriedad para que tanto compañías como comunidades cumplan sus compromisos”.*

7. En este mecanismo no se plantean con claridad si el licenciamiento a usuarios potenciales del conocimiento vernáculo es exclusivo o no, vale decir, si el hecho de que se realice un acuerdo con algún laboratorio farmacéutico excluye a otros de la eventualidad de efectuar otros acuerdos¹⁷³.

- **Secreto Comercial**

Algunos autores consideran que para la protección del conocimiento vernáculo es posible la utilización del instrumento de secreto comercial. Algunos de ellos

¹⁷³ ZERDA SARMIENTO, Op. cit., p 107-108.

plantean que basta con que este instrumento se base en los “*TRIPS*”¹⁷⁴, en cambio otros han expresado que es necesario modificar la noción de secreto comercial para que las comunidades sean los beneficiarios de su explotación.

El Señor Joseph Vogel, quien lidera un proyecto denominado “*El Cartel de la Biodiversidad*”, considera que “*no hay necesidad de desarrollar legislación sui generis para proteger el conocimiento vernáculo, ya que los instrumentos del secreto tal como están vigentes son apropiados para tal fin.(...) En consecuencia el Proyecto propone la formación de un cartel como solución, donde el precio de acceso a la biodiversidad sea fijado y los beneficios distribuidos entre todos los que hayan suministrado el mismo recurso o conocimiento. Para constituir el cartel las comunidades deben convertirse en personas artificiales y conceder su consentimiento informado previo, antes de que cualquier dato etnobotánico sea recolectado. Posteriormente los datos deben de ser filtrados con la literatura publicada para verificar si califican como secreto comercial y pueden ser negociados por el cartel*”¹⁷⁵ (Vogel: 2000)

También es posible la utilización del Secreto Comercial para facilitar la redacción de contratos con compañías, de tal manera que obliguen a los receptores a obtener protección y a compartir regalías (Vogel: 2000).

Para Álvaro Zerda esto no soluciona los problemas que se presentan en el tema de propiedad intelectual para los derechos colectivos, en especial en el

¹⁷⁴ **TRIPS**= Trade Related Intellectual Property, que en español se traduce como ADPIC (aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio).

¹⁷⁵ (Vogel: 2000). Citado por: ZERDA SARMIENTO, Op. cit., p .82.

tema de los conocimientos vernáculos, porque este instrumento es “*especialmente precario*” y de difícil aplicación, sobre todo por las comunidades indígenas puesto que el poseedor de un secreto debe desplegar acciones para protegerlo y adoptar medidas concretas para evitar su fuga, lo cual implica costos; por ejemplo, para que se de el reconocimiento, es necesario que se demuestre que la información a proteger es secreta, que tenga valor comercial y que está sujeta, a control, su revelación por su poseedor.

Álvaro Zerda explica:

“Por ello habría necesidad de modificar la legislación, relajando alguno de los requisitos o definiendo otros específicos, para proteger el conocimiento de las comunidades. Esto es a todas luces problemático para el andamiaje de los derechos de propiedad intelectual. Además en el caso de la propuesta de Vogel, se requiere una estrecha conexión y compromiso con los Estados nacionales, lo que para el caso de las comunidades también es problemático”¹⁷⁶.

- **Conclusiones¹⁷⁷**

1. Aunque se debe destacar que las legislaciones para la protección de la propiedad intelectual (DPI) han tenido un proceso de evolución¹⁷⁸, es necesario

¹⁷⁶ ZERDA SARMIENTO, Op. cit., p. 103- 104.

¹⁷⁷ Las conclusiones de este capítulo están basadas en el documento ZERDA SARMIENTO Álvaro, Derechos de propiedad intelectual sobre el conocimiento vernáculo: análisis y propuesta desde la economía institucionalista. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2003

que las legislaciones y acuerdos internacionales que regulan los derechos colectivos de las comunidades indígenas o locales, tengan en cuenta ciertos elementos que son importantes para mantener la identidad colectiva de las comunidades locales e indígenas, estos son:

- Deberán garantizar la existencia de un territorio que sea propio para la comunidad;
 - Fortalecimiento de su cultura; proteger y buscar que se mantengan sus costumbres y sus prácticas, fortaleciendo las garantías de seguridad alimentaria.
 - Apoyo y fortalecimiento a los ancianos y médicos tradicionales como las personas que de verdad detentan la cultura;
 - Por último se debe tener en cuenta que el conocimiento vernáculo *“no puede ser entendido de manera apropiada si es analizado en forma independiente de la estructura social en que está inmerso. Tiene un carácter colectivo, dinámico y territorial”* (Zerda Álvaro: 2003 Capítulo 4).
2. Que exista la posibilidad de un intercambio de conocimiento vernáculo, entre las comunidades, por ello es necesario un desarrollo institucional que *“A la vez que proteja el conocimiento de las comunidades indígenas, dé*

¹⁷⁸ como sucede con la creación de cláusulas aplicables a los *“productos derivados del conocimiento tradicional asociado”* que generan protección a temas anteriormente excluidos como es el caso de los *“organismos vivos y sus productos derivados”*

salida a los intereses y aspiraciones de los actores que intervienen en el intercambio”¹⁷⁹.

3. Buscar la posibilidad de la existencia de una forma de compensación a las comunidades por su aporte y la manera como éste debe efectuarse, y una participación activa y directa de las comunidades en los procesos de investigación que se adelanten con base en el conocimiento vernáculo;
4. *“Los instrumentos del sistema de protección a la propiedad intelectual que ha desarrollado la sociedad moderna no tienen el suficiente espacio para dar cabida a un conocimiento que es producido en condiciones particulares y que significa para sus generadores la relación estrecha que tienen con la naturaleza, al tiempo que constituye uno de los componentes que garantiza su supervivencia como comunidad”¹⁸⁰.*
5. Los países que buscan la protección del conocimiento vernáculo mediante el desarrollo de un instrumento sui generis¹⁸¹, (de acuerdo con lo señalado por el ADPIC, por el CDB y proporcionadas muy activamente por la OMPI en los últimos años) deben de tener en cuenta que: *“Incluso con el desarrollo de este tipo de instrumentos no queda clara la superación de*

¹⁷⁹ Ibid., p. 103- 104.

¹⁸⁰ Ibid., p. 95.

¹⁸¹ Este sistema no sería otra cosa que una patente modificada en sus requisitos para abarcar el objeto protegido, como podemos observar con el caso de los títulos de obtentores vegetales, que son patentes particulares sobre variedades vegetales, debido a que estas últimas no cumplían las exigencias de novedad establecidas.

todos los inconvenientes señalados del sistema de patentes” (Zerda Álvaro 2003).

- Que al momento de elaborar las formulaciones, dentro del sistema sui generis, los países no deben desconocer: la historia de los pueblos que han detentado y desarrollado ese conocimiento; la lógica y las instituciones que rigen las relaciones económicas al interior de la etnia, con respecto a la lógica del mercado occidental; la repercusión que se presenta ante una relación o unión entre ambas sociedades, tanto por el hecho de que las comunidades indígenas han permanecido aisladas, como por los efectos que los principios de una lógica de ganancia tendrían sobre sus valores.
- Por último es necesario considerar *“La importancia que tiene el espacio físico para la conservación del conocimiento vernáculo; en consecuencia, las legislaciones o sistemas sui generis que se crean deberán tener en cuenta la necesidad de preservar el contexto en que el conocimiento es generado, así como la garantía de reconocer y respetar los derechos de los pueblos indígenas”*¹⁸².

¹⁸² Ibid., p. 95.



ARTESANÍAS DE PUEBLA MÉXICO © UNESCO/Quito

5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

*“País que se aprecia, aprecia la cultura...Una sociedad que aspira a un papel cada vez mas activo en la redefinición de sus rumbos es una sociedad que apoya la actividad cultural”
Fernando Henrique Cardozo
Expresidente del Brasil*

5.1. VALORACIÓN DE LA DIVERSIDAD CULTURAL COMO REQUISITO PARA EL ÉXITO DE POLÍTICAS Y NORMAS DE CONSERVACIÓN Y PRESERVACIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL INMATERIAL

- La primera condición o requisito para lograr la conservación y protección del patrimonio inmaterial, es el **reconocimiento, valoración, apropiación y respeto de la diversidad étnica y cultural de nuestro país**. La Constitución reconoce desde sus primeros artículos el carácter pluralista del país (artículo 1°), y reconoce y protege la diversidad étnica y cultural Colombiana (Artículo 7°).

Por otra parte Colombia se reconoce como un territorio conformado por regiones y culturas, pero al mismo tiempo cada región y cultura tiene posturas cerradas y excluyentes, que no reconocen los valores y manifestaciones culturales de otros grupos. Es el caso de Antioquia, que es como una pequeña Colombia, con un regionalismo y una cultura paisa que le confiere identidad y que se reconoce en toda la nación, pero que es excluyente en su propio territorio, pues solo representa a la comunidad de la zona andina y tiene un carácter muy homogéneo. De por si excluye las

comunidades que habitan las planicies aluviales y costeras, que tienen cultura calentana, costeña, indígena y chocoana dentro de Antioquia. Bajo estas condiciones no es viable o posible proteger el patrimonio inmaterial producto de las culturas de estos grupos o pueblos que no son reconocidos y que no hacen parte de la cultura predominante, ni de los centros de poder.

- El reconocimiento de la diversidad debe ir mas allá de lo ya regulado para protección de las comunidades indígenas y afrodescendientes, procurando que la nueva legislación cubra a los grupos que están surgiendo, tales como inmigrantes, refugiados, desplazados, comunidades urbanas y comunidades indígenas actuales, para que el patrimonio inmaterial no se quede solo en el pasado, sino que se proteja y promueva nuevos conocimientos y creaciones del presente.
- Para conseguir este propósito de valorar la diversidad cultural como requisito para garantizar la efectividad de todas las medidas y normas que se definan para la protección y conservación del patrimonio inmaterial, se recomienda poner en marcha **tres estrategias**:
 - Que desde las instituciones que tienen a cargo la tarea de promover y proteger el patrimonio cultural inmaterial, como el Ministerio de Cultura a nivel nacional y las Secretarías de Cultura de municipios y departamentos, allí donde existan, se diseñen **estrategias y campañas orientadas a ganar posicionamiento del tema** en las políticas públicas, planes y programas de gobierno.

La fortaleza del sector cultural debe reflejarse en los logros alcanzados al momento de formular las políticas públicas, programas, planes de desarrollo, con sus correspondientes planes de inversión tanto a nivel Nacional como en los Departamentos y Municipios.

Es más importante en primera instancia, conseguir la valoración de las culturas que recursos e instrumentos jurídicos destinados a la protección del patrimonio, pues si las comunidades no conocen y respetan sus valores, toda medida de conservación o protección se recibirá o sentirá como impositiva.

- Que el conocimiento y valoración de **Patrimonio Cultural de la Nación** haga parte del sistema educativo a través de dos tipos de medidas:
 - a. La definición de una política educativa orientada al conocimiento, el respeto y la valoración de la diversidad cultural de nuestro país, como gran potencial de riqueza. Esta política debe traducirse en los currículos de la enseñanza básica.
 - b. Incorporando al sistema educativo, de cada región o comunidad, a las personas que posean habilidades y técnicas especiales para la enseñanza y transmisión de sus conocimientos, técnicas y habilidades, cumpliendo así con las políticas de *“Tesoros Humanos Vivos”* establecidas por la UNESCO.
- Abrir los medios de comunicación a los grupos locales y étnicos que no pertenecen a la cultura predominante, para que desde su propia voz se manifiesten y se comuniquen entre si y con todos los ciudadanos, desde su propia cultura y forma de hacer las cosas. De esta manera se propician las condiciones para que todos reconozcamos al otro, respetemos su diferencia, valoremos la diversidad y entendamos el porque de los conocimientos tradicionales. Esto es coherente con lo que plantea el Doctor Juan Luis Mejía,¹⁸³ cuando expresa que se debe poner la televisión al servicio del ciudadano, más que del consumidor. En este sentido viene a cuento lo que plantea el Doctor Alberto Sanabria Acevedo en la introducción a la Ley 397 de 1.997 General de Cultura

¹⁸³ MEJIA ARANGO, Juan Luis. Economía y cultura: entre la realidad y los sueños En: Economía y Cultura: la tercera cara de la moneda. (2000 may. 16-18: Bogotá). Memorias del Seminario Economía y cultura: la tercera cara de la moneda. Bogotá: Convenio Andrés Bello, 2001. 328 p.

Colombiana:

“La cultura no es una creación estatal, pero el Estado sí es un producto cultural. En el caso de Colombia, el Estado debe ser democrático, participativo y pluralista, como dice nuestra Constitución en su artículo 1°. Para ello es necesario que las voces divergentes, las diferentes maneras de ver e imaginar el mundo y de crearlo y recrearlo, encuentren canales y oportunidades de expresión¹⁸⁴. Ahí el Estado y la sociedad tienen la obligación de construir una política cultural equitativa, responsable y respetuosa de la libertad”.

5.2. PROPUESTAS Y RECOMENDACIONES PARA LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA EN MATERIA DE POLÍTICAS E INSTRUMENTOS PARA LA PRESERVACIÓN Y CONSERVACIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL INMATERIAL

El análisis de la legislación colombiana en materia de cultura, muestra claramente que el patrimonio inmaterial no está regulado con la fuerza y nivel de desarrollo que se esperaría proteger a todos los productos y procedimientos originados en la diversidad cultural que caracteriza a Colombia. A diferencia del patrimonio material que cuenta con mayor protección en la legislación colombiana, el patrimonio inmaterial es apenas mencionado en la Ley General de Cultura, ya que no cuenta, ni siquiera, con un artículo que lo regule, como si pasa con otras tipologías de patrimonio; cuando las comunidades son las generadoras de los bienes culturales de naturaleza material, siendo el patrimonio inmaterial mas representativo de la cultura e identidad de los pueblos.

Aunque vale reconocer que si existen otras leyes que contribuyen a la protección del patrimonio inmaterial, pero referidas de manera específica a las

¹⁸⁴ Resaltado añadido

comunidades negras y al Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, regulando otros temas aparte de los conocimientos tradicionales y el patrimonio inmaterial.

.

Se puede concluir, con la creación de estas leyes, que en Colombia, la protección del patrimonio inmaterial se resuelve creando una ley por cada comunidad, con distinta identidad cultural, cuando lo lógico sería, como lo hacen en otros países, crear una legislación marco donde lo importante es regular los conocimientos tradicionales y el patrimonio inmaterial independientemente de a que comunidad pertenezcan.

Aunque la Constitución de la República de Colombia de 1991 y la Ley 397 de 1997, Ley General de la Cultura, aceptan el Multiculturalismo¹⁸⁵, aún no hay una posible y clara normatividad que reglamente y proteja los derechos de la Comunidad, (Derechos Colectivos), que sin lugar a dudas se constituye en el principal instrumento para la protección del patrimonio inmaterial, ya que este es, en su mayor parte, producto de conocimientos y saberes de una comunidad y no de individuos.

El reconocimiento de los derechos colectivos se podría lograr si el derecho de propiedad intelectual reconociera a las comunidades como sujetos de derechos y obligaciones. Es decir, que no solo regule las obras creadas por un individuo, sino también, todos aquellos bienes creados por una comunidad. Este reconocimiento es el aspecto de mayor importancia para la protección del patrimonio inmaterial, ya que este, está conformado por elementos de la cultura de los grupos humanos, constituyéndose en la tradición, la cultura y la identidad de un pueblo, y no por el producto de cada individuo.

¹⁸⁵ Otras constituciones de Latinoamérica, a finales del siglo XX, han aceptado que su Nación se encuentra conformada por una gran diversidad cultural y étnica.

Es necesario entonces enfatizar la importancia de generar mayor desarrollo legislativo sobre el tema del patrimonio inmaterial, ya sea mediante la revisión, aclaración y complementación de lo establecido en la Ley General de Cultura o desarrollando una ley específica para regular este tema, que esté en total concordancia con las Convenciones o Acuerdos aprobados por las países que hacen parte de la UNESCO. Para este propósito es importante que se tenga en cuenta la legislación existente, en otros países, que han buscado la protección del patrimonio inmaterial, demostrando la existencia de reconocimiento y valoración hacia este tipo de patrimonio; a diferencia de lo que encontramos en Colombia en materia normativa.

La mayor parte de las recomendaciones o sugerencias que se presentan a continuación, están orientadas a promover y estimular la conservación y preservación del patrimonio inmaterial, más que a un control de tipo restrictivo, que por su carácter represivo producen muchas veces un rechazo que a la larga se convierte en desprecio o prevención contra toda figura que busque la preservación del patrimonio inmaterial.

- **Creación de una nueva legislación.** Con el fin de convertir en realidad estos propósitos y políticas, es necesario crear una nueva legislación que regule el patrimonio inmaterial, que empiece por ampliar este concepto, y que cree instrumentos eficaces para su protección y preservación, teniendo en cuenta los ya probados en otros países y analizados en capítulos anteriores, tales como: Inventarios y registros, sistema de tesoros humanos vivientes, creación de un sistema sui géneris, leyes especiales para la protección de derechos de autor y derechos colectivos para las comunidades indígenas y locales, divulgación, entre otros.

No hay que olvidar que ya la ley 397 de 1997 había señalado, en su artículo 14°, la importancia de la creación de un registro, por parte de de la nación y de las entidades territoriales, donde éstas últimas deberían remitir

periódicamente al Ministerio, sus respectivos registros. Por lo tanto es necesario ampliar lo ya establecido en este artículo llevándolo a la práctica para convertirse en un mecanismo eficaz para la protección de este patrimonio.

- **Ampliar el concepto de patrimonio inmaterial**, para que no se quede en reminiscencias del pasado y permita por lo tanto el reconocimiento del que hacer y la creación de cultura de distintos grupos en la actualidad. Las leyes deben ser tan dinámicas como lo son las comunidades y permitir que estas evolucionen y enriquezcan su cultura.

Al mismo tiempo se debe buscar la protección no solo de aquellas comunidades que ya han ganado algo de su reconocimiento sino también de otros grupos como el de los de inmigrantes y de las comunidades urbanas o rurales.

De la misma manera, es necesario reconocer la producción de cultura de los países desarrollados que hoy en día no se consideran como fuente u origen de patrimonio inmaterial por no contar con población indígena. En otras palabras, el patrimonio inmaterial no es propiedad exclusiva de los países en desarrollo, ni está ligada solamente a culturas indígenas. Este reconocimiento puede permitir a futuro que nuestra cultura se enriquezca con los conocimientos y valores de otros países, producto de la presencia de inmigrantes, a la vez que de los colombianos que por razones de estudio o trabajo permanecen algún tiempo en otro país.

- **Reconocimiento a la labor realizada por personas que posean habilidades especiales en ciertas artes y conocimiento de técnicas** para la producción de los elementos característicos del patrimonio inmaterial de Colombia, mediante concursos, premios o apoyos económicos para la transmisión de sus conocimientos, destrezas y habilidades a niños y

jóvenes. Podrían ser también actividades extracurriculares en las escuelas y colegios, que se conviertan en espacios atractivos, a través de los cuales se procure el arraigo de estos valores en las nuevas generaciones. Para que esto se haga realidad se debe poner en marcha en Colombia la valoración económica de los *“Tesoros Humanos Vivos”*, recomendado por los países que hacen parte de la UNESCO, en la reunión 142° del Consejo Ejecutivo

- **Creación de inventarios y registros.** Esta medida se considera prioritaria a través de la cual se obtenga la identificación y definición de los distintos elementos que hagan parte del patrimonio inmaterial de las comunidades, con el propósito de crear las bases para su reconocimiento, protección, difusión del patrimonio existente y promoción de la creación de nuevos valores, tomando como ejemplo la labor realizada por la República de Brasil, expuesta en el Capítulo 4° de este trabajo.
- **Reconocimiento a las colectividades como sujetos de derechos y obligaciones.** Para ello es necesario que **las leyes de propiedad intelectual** (derechos de autor y conexos, en conjunto con los derechos de propiedad industrial) reconozcan a las comunidades étnicas o locales sus derechos como colectividad, de la misma manera que las empresas conformadas por muchos accionistas pueden, como empresa, patentar sus creaciones y conocimientos, puesto que ellas, si son reconocidas como sujetos de derechos y obligaciones. Esto podría lograrse mediante la **creación de un sistema Sui Generis** que regule el tema de los derechos de autor para que las colectividades sean objeto de derechos y obligaciones.
- **Creación de una institucionalidad fuerte encargada de la gestión, promoción y salvaguarda del patrimonio.** Para cumplir con los propósitos expresados en las anteriores recomendaciones, es necesario la creación de

instituciones que tengan como fin la promoción y salvaguardia del patrimonio, a la vez que estimulen o alienten a todas aquellas personas naturales o jurídicas que han llevado a cabo actos encaminados hacia la protección del mismo (estudios científicos, técnicos y artísticos); así mismo que tengan la facultad para sancionar o limitar toda actuación que vaya en contra o que destruya este tipo de patrimonio.

5.3. OTRAS CONSIDERACIONES Y RECOMENDACIONES

- Es importante tener en cuenta que algunas comunidades indígenas tienen identidad cultural pero pertenecen a jurisdicciones administrativas diferentes, como es el caso de los kuna que hacen parte de las Repúblicas de Colombia y Panamá. Adicionalmente hay que considerar que las comunidades indígenas que habitan en diferentes territorios, en algunos casos muy distantes entre sí, pueden llegar a un mismo resultado o producto, aunque los ritos o procedimientos para lograrlo sean diferentes. La legislación debe procurar el reconocimiento y proyección de ambos grupos, mediante la regulación de los derechos de autor y acuerdos internacionales entre los países de los que hacen parte dichas comunidades.
- La definición y desarrollo de políticas, normas, instrumentos y programas que buscan promover y proteger el patrimonio inmaterial, debe hacerse con la participación directa de las comunidades que representan las diferentes culturas. Se debe cambiar la práctica corriente de tratar los grupos minoritarios con criterio asistencialista, o de imponer soluciones a los problemas de las comunidades, muchas veces creándoles necesidades que ellos no sienten, sin conocer verdaderamente que es lo que necesitan y como piensan como comunidad o grupo. Este tipo de prácticas asistencialistas e impositivas pueden conducir a resultados contrarios a los esperados, propiciando mayor marginalidad y pobreza.

- Teniendo en cuenta la riqueza en recursos naturales y biodiversidad en Colombia, es importante que se cree legislación que proteja las culturas indígenas que posean formas de apropiación y ocupación de un territorio en armonía con la naturaleza, convirtiéndose en garantes de la protección de dichos recursos, que constituyen patrimonio de todo el país y del mundo. Es el caso, en Colombia, de las comunidades indígenas que habitan en el Chocó biogeográfico y la zona del Darién.
- Aunque en estos momentos muchas normas de derechos de propiedad intelectual están siendo utilizadas por los países para la protección de este tipo de patrimonio, si es cierto que esta protección no es completa, ya que estas normas poseen lagunas insubsanables que afectan el patrimonio inmaterial y que imposibilitan su verdadera protección, por ello es necesario una transformación de las legislaciones de derechos de propiedad intelectual donde las comunidades sean sujetos de derechos y obligaciones y que logren que el patrimonio inmaterial no desaparezca o sea objeto de la bio-piratería.
- Si bien podemos observar una protección hacia las comunidades negras, con la creación de las leyes 47 y 70 de 1993, todavía hay mucho camino por recorrer, porque y como lo señala el Doctor Juan Luís Mejía Arango. *“En el inconciente colectivo y en la mentalidad de las élites de poder siguen primando conceptos propios de tiempos pasados.*
- *Al mirar por ejemplo el listado de los Monumentos Nacionales de Colombia, se encuentra que en más del 90 por 100 está conformado por iglesias y edificios coloniales o construcciones institucionales de la primera república. No existe ninguna construcción de los grupos indígenas o de las comunidades negras. La memoria que legitima el Estado a través del patrimonio sigue siendo etnocentrista. Sólo la herencia hispánica es válida.*

Lo otro es “folclor”, divertimento para turistas. En síntesis, el multiculturalismo no ha permeado aún el concepto de patrimonio. (...) Otro tanto ocurre con predominio de lo monumental y lo arquitectónico. Ni siquiera las grandes obras de ingeniería o los monumentos importantes del desarrollo tecnológico han tenido cabida en el listado de los monumentos”¹⁸⁶.

Quiero terminar con las palabras de Israel Robles B, citado en un documento elaborado por Diana Luque Agraz: Biodiversidad y Diálogo De Saberes en la Comunidad Indígena, [Observaciones de campo], que expresa, el deseo de apertura al intercambio de culturas de aquellas personas que no pertenecen a la cultura predominante:

“Nosotros queremos aprender de los blancos, lo que han inventado, lo que nos han enseñado también lo estamos aprendiendo bien, y yo creo que eso no es un peligro para perder nuestras tradiciones, aprender las cosas de los blancos. Estar al frente de una computadora y teclearla y navegar en Internet, yo creo que eso es bueno para nosotros. (...) Los blancos no quieren aprender de nosotros. Es que nosotros somos la naturaleza, somos la tierra, somos el mar, somos el cielo, somos el oxígeno y el aire. Y somos nosotros, nosotros: la gente. Nosotros somos las aves, porque hasta las piedras tienen vida, porque si... llevan dentro la vida. Porque toda cosa o ser que vive y respire dentro de la naturaleza, nosotros somos la naturaleza también. Por eso yo digo que los “blancos” no quieren aprender de nosotros.” (Israel Robles B. Febrero de 2002. Observaciones de campo.)¹⁸⁷

¹⁸⁶ MEJÍA ARANGO, Op cit., Legislación sobre el Patrimonio Cultural en Colombia, p. 213.

¹⁸⁷ LUQUE AGRAZ, Diana. Biodiversidad y Diálogo De Saberes en la Comunidad Indígena: COMCÁAC. En: PROGRAMA DE ECOLOGÍA POLÍTICA Y DESARROLLO SUSTENTABLE Dirección de Desarrollo Regional, HERMOSILLO: CIAD, s.f.

BIBLIOGRAFÍA

1. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE PATRIMONIO CULTURAL ENTRE LOS PAÍSES DE LATINOAMÉRICA

DONDERS Yvonne. Hacia un derecho a la identidad cultural en la legislación internacional de los derechos humanos. En DIVERSIDAD CULTURAL Y DESAROLLO URBANO. 1ra Edición, (2005). P. 103- 120. **ISBN-10 8573212233 ISBN-13 9788573212235.**

MEJIA ARANGO, Juan Luís. Comentarios Sobre los derechos culturales en América Latina. En: DIVERSIDAD CULTURAL Y DESAROLLO URBANO. Sao Paulo 2005. 1ra Edición P. 103- 120. **ISBN-10 8573212233 ISBN-13 9788573212235.**

PELÁEZ GAVIRIA, Marta María. Estudio comparado entre las legislaciones que tratan el tema del patrimonio histórico y cultural de los países de España, Ecuador y Colombia. Quito: UNESCO, 2004.

COSSIÓ DÍAZ José Ramón. Constitucionalismo y multiculturalismo. En: ISONOMIA [Publicaciones periódicas]: Revista de teoría y filosofía del derecho. N° 12, abril 2000.

2. LA PROTECCIÓN DE LOS BIENES CULTURALES EN LAS CONVENCIONES DE LA HAYA Y DE LA UNESCO.

ASKERUD Pernille y CLÉMENT Etienne. La prevención del tráfico ilícito de bienes culturales : Un manual de la UNESCO para la implementación de la Convención de 1970. México : UNESCO, 1999 213 p

BÁKULA Cecilia, Para un mejor conocimiento y uso en la Región de América Latina y el Caribe de la Convención UNESCO 1970. [Documento Electrónico], Oficina Regional de Cultura para América Latina y el Caribe de la PARÍS: UNESCO, Diciembre de 2003, <http://www.lacult.org/docc/Documento_Cecilia_Bakula.rtf>

MINISTERIO DE CULTURA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Informe del Seminario Internacional de medios de comunicación y Patrimonio Inmaterial, [Documento Electrónico] París: UNESCO, febrero de 2003. <http://www.mincultura.gov.co/patrimonio/patrimonioinmaterial/secciones/descargas/documentos_ministerio/seminario_medios_patrimonio_inmaterial.pdf>

LA ARTESANÍA: IDENTIDAD Y PATRIMONIO CULTURAL DE LOS PUEBLOS, <http://www.lacult.org/docc/Documento_Trinidad.doc>

MAINETTI, Vittorio. Nuevas perspectivas para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado: entrada en vigor del segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954. En: Revista Internacional de la Cruz Roja. N.º 854 (Junio 2004); pp. 337-366

UNESCO, Hoy la UNESCO para un mundo de paz y progreso: compartir el saber. Paris: UNESCO, s.f, 7p.

UNESCO, Convención De La Haya para la protección de Bienes Culturales, [documento electrónico] La Haya 14 de mayo de 1954, s.e <<http://www.patrimonio-mundial.com/convencionhaya.doc>>

UNESCO. Segundo protocolo de la convención de la haya adoptado en la haya el 26 de marzo de 1999. [Documento Electrónico] La Haya. S.e http://portal.unesco.org/culture/es/ev.php-URL_ID=18069&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html. (Citada: Febrero 27 2007).

, http://portal.unesco.org/culture/es/ev.phpURL_ID=18069&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html>

UNESCO, Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales. (documento Electrónico), París: UNESCO, 1970

http://portal.unesco.org/es/ev.phpURL_ID=13039&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html>

UNESCO, Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural 1972. (documento Electrónico), París: UNESCO, 1972

http://portal.unesco.org/es/ev.phpURL_ID=13055&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html>

UNESCO Oficina de información pública memobpi, Patrimonio Inmaterial. [Documento Electrónico], París : UNESCO, 2005, http://www.unesco.org/bpi/pdf/memobpi12_intangible_es.pdf>

UNESCO, Protección Jurídica del Patrimonio Cultural, Patrimonio Subacuático, (Documento Electrónico) París: UNESCO, Última actualización 21/08/02. http://www.unesco.org/culture/legalprotection/water/html_sp/index_sp.shtml>

UNESCO, Convención de la UNESCO para la protección del Patrimonio Subacuático, (Documento electrónico), París: UNESCO, 2 de noviembre de 2001, <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001260/126065s.pdf>>

UNESCO, Convención de la UNESCO para la protección del Patrimonio Inmaterial (documento electrónico), París: UNESCO, (17 Octubre 2003) http://www.unesco.org/culture/ich_convention/index.php?pg=00022>

3. LEGISLACIÓN COLOMBIANA SOBRE PATRIMONIO CULTURAL

Congreso de la República de Colombia. Ley 14 de 1936: "Por la cual se autoriza al Poder Ejecutivo a adherir al Tratado sobre la protección de muebles de valor histórico". **Santa Fé de Bogotá**: Diario Oficial, 1936, 2002. Ley No 14

Congreso de la República de Colombia. Ley 163 de 1959: "Por la cual se dictan medidas sobre defensa y conservación del patrimonio histórico, artístico y monumentos públicos de la Nación". Santa Fé de Bogotá: Diario Oficial, 1959 Ley 163.

Congreso de la República de Colombia. Ley 397: "Por la cual se desarrollan los Artículos 70, 71 y 72 y demás Artículos concordantes de la Constitución Política y se dictan normas sobre patrimonio cultural, fomentos y estímulos a la cultura, se crea el Ministerio de la Cultura y se trasladan algunas dependencias". Santa Fé de Bogotá: Diario Oficial, 1997. Ley 397.

Constitución Nacional de la República de Colombia de 1991, Artículos 8, 63 y 72.

FLOREZ PAMELA. Plan decenal de salvaguarda y protección del carnaval: un ejercicio de la ciudadanía: [documento electrónico], Universidad Norte: Barranquilla, 08, 12/MMIV-04,08,12/MMV.(citado 13 junio 20006) huellas 71,.72,73,74 y 75.

<<http://www.uninorte.edu.co/publicaciones/upload/huellas/huellas7475.pdf>>

ISSN 0120-2537.

MEJÍA ARANGO, Juan Luís, Legislación sobre el Patrimonio Cultural en Colombia. En PATRIMONIO CULTURAL Y DERECHO. No 3 (1999). P. 201-216 Madrid: Hispania Nostra. ISSN: 1138-3704.

Presidencia de la República de Colombia. Decreto 264: “Por el cual se reglamenta la Ley 163 de 1959 sobre defensa y conservación del patrimonio histórico, artístico y monumentos públicos de la Nación”. Santa Fé de Bogotá: Diario Oficial, 1963. Decreto 264.

SANABRIA, Alberto, Compilador. Introducción a la Ley General de Culturas: Ley 397 de 1997. Santa Fé de Bogotá: Ministerio de Cultura, 2000.

4. FORMAS DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO INMATERIAL

ALEMÁN, Marco Matías, Protección de los conocimientos tradicionales. Estado actual de las negociaciones del Comité Intergubernamental de la OMPI. La protección por derecho de obtentor. En Seminario “Los derechos de propiedad intelectual en el ámbito de los recursos fitogenéticos” (2006, Buenos Aires)

Asamblea Legislativa. Ley 20 de 2000: Régimen Especial de Propiedad Intelectual sobre los Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas. Panamá: Gaceta Oficial, 2000. 5 páginas. No 24,083

COMITÉ INTERGUBERNAMENTAL SOBRE PROPIEDAD INTELECTUAL Y RECURSOS GENÉTICOS, CONOCIMIENTOS TRADICIONALES Y FOLCLORE. Elementos de un Sistema Suí Generis para la Protección de los Conocimientos Tradicionales. Ginebra. La OMPI 29 de Marzo de 2003.

Conferencia General 32ª reunión, París 2003. 32 C/26, 18 de julio de 20003 Original: Francés.

Congreso de la República de Perú. LEY SOBRE LA CONSERVACION Y APROVECHAMIENTO SOSTENIBLE DE LA DIVERSIDAD BIOLOGICA. Lima: Diario Oficial “El Peruano”, 1997. Ley No 26.839

Congreso de la República de Perú. LEY QUE ESTABLECE EL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS COLECTIVOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS VINCULADOS A LOS RECURSOS BIOLÓGICOS Lima: Diario Oficial “El Peruano”, 1997. 2002. Ley No 27.811

CONSTITUCION DE LA REPUBLICA FEDERATIVA DEL BRASIL de 1988, Artículos 215 y 216.

HERNÁNDEZ SOTO, Carlos, sistema Nacional de tesoros humanos vivos en los países del caribe. Guía metodológica para su establecimiento (Documento electrónico) Enero 2006, (citada: mayo 2006)

<http://www.lacult.org/docc/THV_Guia_metodologica_esp.doc>

IPC Instituto del Patrimonio Cultural Venezuela, Procedimiento para la tramitación de Declaratoria ante el IPC.

MEISEL ROCA, Adolfo. Cartagena 1900 – 1950: A remolque de la Economía Nacional. En Cuadernos de historia económica y empresarial. N° 4 (Noviembre, 1999). P. 11-15. Publicación Banco de La República.

MINISTERIO DE CULTURA. INSTITUTO DEL PATRIMONIO HISTÓRICO Y ARTÍSTICO NACIONAL. FUNDACIÓN NACIONAL DE ARTE. El registro del Patrimonio Inmaterial: Dossier final de las actividades de la comisión y del grupo de trabajo Patrimonio Inmaterial. Brasilia: El Ministerio, 2002, 208 p.

Presidencia de la República. Medida Provisional: Brasilia: Diario Oficial de la Unión, 2001. 18 páginas. No 2.186-16.

UNESCO, Directrices para la creación de sistemas nacionales de “Tesoros Humanos Vivos”, Paris: UNESCO, (citada 1 mayo 2006).

<http://portal.unesco.org/culture/es/file_download.php/cff0036041f1756b963ca0728d33a800guidelineslht_es.pdf>

UNESCO, Directrices para la creación de sistemas nacionales de “Tesoros Humanos Vivos” [Documento electrónico] s.l: UNESCO s.f (Citado: 13 de junio de 2006)

http://portal.unesco.org/culture/es/file_download.php/cff0036041f1756b963ca0728d33a800guidelineslht_es.pdf

ZERDA SARMIENTO Álvaro, Derechos de propiedad intelectual sobre el conocimiento vernáculo: análisis y propuesta desde la economía institucionalista. Bogotá, 173 páginas, trabajo de Grado (Doctor en Ciencias Económicas), Universidad Nacional, Facultad de Ciencias Económicas.

ANEXOS

Anexo A. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL.
Informe de la tercera sesión del Comité Intergubernamental sobre propiedad intelectual y recursos genéticos, conocimientos tradicionales y folclor. Ginebra: OMPI. 2.002.

OMPI

S

WIPO/GRTKF/IC/3/8

ORIGINAL: Inglés

FECHA: 29 de marzo de 2002

**ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD
INTELECTUAL**

GINEBRA

**COMITÉ INTERGUBERNAMENTAL
SOBRE PROPIEDAD INTELECTUAL Y RECURSOS
GENÉTICOS, CONOCIMIENTOS TRADICIONALES Y
FOLCLORE**

Tercera sesión

Ginebra, 13 a 21 de junio de 2002

**ELEMENTOS DE UN SISTEMA *SUI GENERIS* PARA LA PROTECCIÓN
DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES**

Documento preparado por la Secretaría

WIPO/GRTKF/IC/3/8

página 2

I. INTRODUCCIÓN

1. Este documento constituye un aporte más a la labor del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore (en adelante denominado “el Comité”), mediante el análisis de los elementos que podrían conformar un sistema jurídico *sui generis* bien definido, diseñado específicamente para la protección de los conocimientos tradicionales. En un documento complementario y paralelo, el WIPO/GRTKF/IC/3/9, se abordan los posibles enfoques para una definición de “conocimientos tradicionales”.

2. En la segunda sesión del Comité, celebrada en Ginebra del 10 al 14 de diciembre de 2001, varias delegaciones destacaron la importancia de examinar las posibles modalidades de sistemas *sui generis* de propiedad intelectual para la protección de los conocimientos tradicionales. La Delegación de Argelia, por ejemplo, haciendo uso de la palabra en nombre del Grupo Africano dijo que “[...] la OMPI debería determinar qué categorías de

conocimientos tradicionales podrían protegerse en virtud de la legislación existente. Para las demás categorías, la OMPI debería elaborar nuevos mecanismos *sui generis* a fin de garantizar la adecuada protección de las mismas¹. La Delegación de Sudáfrica recomendó que el Comité “debía también tener en cuenta la existencia de posibles sistemas *sui generis* en materia de recursos genéticos, conocimientos tradicionales y folclore²” al realizar su labor. La Delegación de Nueva Zelandia “consideró que era necesario e importante emprender el examen de modos *sui generis* de protección de los conocimientos tradicionales³”. La Delegación del Perú destacó que el debate “no debían distraer al Comité de su tarea principal que debía consistir en proponer un sistema *sui generis* de protección de los conocimientos tradicionales de alcance internacional⁴”. Las Delegaciones de Tailandias y de la India⁵ hicieron constar puntos de vista similares.

3. En la misma reunión, y en el punto 8 del orden del día (“Labor futura⁷”), la Delegación de Venezuela pidió que la Secretaría de la OMPI preparase un documento para la tercera sesión del Comité “con elementos de un eventual sistema *sui generis*⁸”. La propuesta contó con el apoyo de las Delegaciones del Brasil, el Ecuador y Egipto⁹. El presente documento constituye la respuesta a la solicitud antes mencionada.

4. Por numerosas razones, sería tal vez prematuro determinar de manera definitiva las características específicas que tendría un marco jurídico especialmente adaptado a las características de los conocimientos tradicionales, sobre todo si se desea que su aplicación sea lo más amplia posible a escala internacional. En primer lugar, a pesar de que el debate internacional sobre la necesidad de crear mecanismos para la protección de los conocimientos

¹ Véase el *informe de la segunda sesión del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, aprobado por el Comité*, documento OMPI/GRTKF/IC/2/16 de la OMPI, del 14 de diciembre de 2001, párrafo 17.

² *Ídem* párrafo 80.

³ *Ídem* párrafo 121.

⁴ *Ídem* párrafo 123.

⁵ *Ídem* párrafo 124.

⁶ *Ídem* párrafo 162.

⁷ Véase el documento OMPI/GRTKF/IC/2/1 Prov. de la OMPI, del 1 de junio de 2001.

⁸ *Informe*, nota 1, *supra*, párrafo 188.

⁹ *Ídem* párrafo 189-191

WIPO/GRTKF/IC/3/8

página 3

tradicionales comenzó hace más de dos décadas¹⁰, aún no se ha adquirido la experiencia suficiente, a escala nacional e internacional, como para tener la seguridad de que ya existen todas las alternativas sobre las cuales basar un sistema eficaz y operativo. En la práctica, un enfoque verticalista o preventivo para definir la protección *sui generis* a escala internacional tiene mayores probabilidades de éxito si se toma como referencia la experiencia lograda a través de los sistemas operativos nacionales que aportan modelos de protección de los conocimientos tradicionales en funcionamiento, ya sea a través de la protección *sui generis* o a través de la aplicación de los sistemas de la propiedad intelectual existentes al tema de los conocimientos tradicionales. En segundo lugar, varios miembros del Comité han pedido que se estudie la manera más eficaz de utilizar los mecanismos existentes de propiedad intelectual para la protección de los conocimientos tradicionales¹¹. En consecuencia, parecería existir por lo menos en opinión de esos miembros, la necesidad de un mayor entendimiento de cómo se aplican los sistemas existentes al tema de los conocimientos tradicionales. Esto puede servir igualmente de guía para definir las áreas específicas necesarias de cualquier nuevo sistema *sui generis*. También puede ser de utilidad para determinar cómo un sistema *sui generis* se relaciona con aquellos elementos de otros sistemas de propiedad intelectual que revisten importancia en la protección de los conocimientos tradicionales. Y en tercer lugar, los miembros deben de todos modos decidir si, de desarrollarse un sistema *sui generis* en el futuro, dicho sistema cubriría todas las manifestaciones y expresiones de los conocimientos tradicionales en un sentido amplio¹², o si deberían seguirse dos vías jurídicas diferentes: en una de las vías, concentrarían sus esfuerzos en desarrollar un sistema debidamente adaptado a las características de las expresiones del folclore (eventualmente a través del estudio de las disposiciones tipo OMPI/UNESCO); en la otra vía, los miembros considerarían un sistema *sui generis* compatible con las características particulares de los conocimientos tradicionales

técnicos, en especial de los conocimientos tradicionales asociados a la biodiversidad.

Por

último, y relacionada con el punto precedente, está la cuestión de encontrar una definición,

considerada en el documento WIPO/GRTKF/IC/3/9: por más que no se llegue a una definición concluyente o exhaustiva, un consenso general sobre el alcance operativo del término “conocimientos tradicionales” facilitaría la deliberación sobre la forma o formas

apropiadas de proteger estos conocimientos.

5. Por consiguiente, todo esfuerzo por definir un sistema *sui generis* nuevo e internacional

antes de clarificar esos puntos, puede ser prematuro y por lo tanto ineficaz, o puede por el

contrario retardar la creación de sistemas eficaces de protección de los conocimientos tradicionales a escala internacional. Sin embargo, el Comité identificó claramente durante su

labor la necesidad de explorar los posibles elementos de un sistema de este tipo, y esto puede

ayudar a dilucidar el tema y a definir el marco operacional para la protección de los conocimientos tradicionales. Por consiguiente, el presente documento no intenta anular el

¹⁰ La aprobación por un Comité de Expertos OMPI/UNESCO de las Disposiciones Tipo para leyes

nacionales sobre la protección de las expresiones del folclore contra la explotación ilícita y otras acciones lesivas, en 1982, y la creación del Convenio sobre la Diversidad Biológica, en 1992, son dos grandes hitos de la deliberación sobre la protección de los conocimientos tradicionales.

¹¹ Véase el documento OMPI/GRTKF/IC/2/9 de la OMPI.

¹² En la segunda sesión del Comité la Delegación de Egipto “observó que no cabía hacer ninguna

distinción entre las expresiones del folclore y los conocimientos tradicionales; ambos conceptos estaban relacionados entre sí en la medida en que cualquier intento de separar uno del otro sería extremadamente difícil”. *Informe*, nota 1 *supra* del párrafo 167. La Delegación de la India “afirmó que consideraba que se debía dar a las expresiones del folclore el mismo tratamiento que a cualquier otra forma de conocimientos tradicionales”. *Idem*, párrafo 171.

WIPO/GRTKF/IC/3/8

página 4

debate en cuanto a la necesidad de un sistema *sui generis* para la protección de los conocimientos tradicionales, sino que en él se identifican algunos elementos que podrían ser

tomados en consideración si se logra un consenso sobre la necesidad de desarrollar un sistema

sui generis.

6. La forma en que el Comité trataría esta cuestión, de lograrse un consenso, es una interrogante. Por el momento, el Comité puede continuar intercambiando opiniones y experiencias práctica sobre la relación entre la propiedad intelectual y el acceso a los recursos

genéticos, los conocimientos tradicionales y las expresiones del folclore, con un enfoque específico en las funciones que no requieren el desarrollo de nuevos conceptos o mecanismos jurídicos, como el debate sobre si los conocimientos tradicionales pueden considerarse parte del estado de la técnica y los medios para que esté a disposición de los examinadores de patentes; las cláusulas contractuales sobre el acceso a los recursos genéticos; las experiencias nacionales y las diferentes tendencias en cuanto a la protección de los conocimientos tradicionales y las expresiones del folclore.

7. Aunque se llegue a un consenso que permita desarrollar un mecanismo para la protección de los conocimientos tradicionales, se mantiene la interrogante sobre la forma que adoptaría ese resultado. El Comité podría participar en esta labor para establecer normas directivas, es decir, directrices y recomendaciones no vinculantes que se aprueben o apliquen a escala nacional y que conduzcan a un desarrollo *de facto* de normas armonizadas mínimas para la protección de los conocimientos tradicionales. Podría asimismo hacer sugerencias para la aprobación de normas internacionales que, al seguir un enfoque armonizado, podrían aumentar la protección internacional, así como evitar la utilización no autorizada y la apropiación indebida. De la misma manera, la creación de directrices no vinculantes o recomendaciones que guíen a los sistemas nacionales, pueden ayudar, junto con la experiencia que se adquiriera en la materia, a tener una mejor comprensión de los elementos fundamentales de un sistema nacional eficaz y viable, que a su vez sirva para conformar normas internacionales.

8. Al tratar de identificar los posibles elementos de un sistema *sui generis* surge la interrogante sobre si se debe definir el sistema a escala predominantemente nacional o internacional. El Comité puede concentrarse en los sistemas de protección a escala nacional para luego extraer principios más generales que se puedan expresar en un marco internacional; o podría directamente intentar definir cuáles son los elementos o principios básicos que serán necesarios en un marco internacional, ya sea de carácter indicativo o ilustrativo, o más formal.

9. Asimismo, no existe necesariamente una clara división entre los elementos de los sistemas de la propiedad intelectual existentes, que sean relevantes para la protección de los conocimientos tradicionales, y los sistemas de conocimientos tradicionales *sui generis*. Para

ilustrar este punto tomemos el ejemplo de la protección *sui generis* de una base de datos: se identifica una compilación de datos como un objeto a ser protegido parcialmente en el marco de la legislación de derecho de autor; sin embargo, también se la puede considerar, en parte, como objeto de protección *sui generis* de bases de datos según el sistema jurídico de ciertos países¹³ – y ambos mecanismos jurídicos podrían aplicarse a las colecciones de conocimientos

¹³ Véase por ejemplo, el Artículo 10.2 del Acuerdo sobre los ADPIC y el Artículo 5 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor; cf. la Directiva de la UE relativa a las bases de datos [Sigue la nota en la página siguiente]

WIPO/GRTKF/IC/3/8
 página 5

tradicionales, permitiéndoles una cierta protección. Paralelamente a cualquier sistema de propiedad intelectual *sui generis* creado específicamente para los conocimientos tradicionales en sí, pueden existir elementos *sui generis* del Derecho de la propiedad intelectual que sean de importancia para los conocimientos tradicionales. Se han desarrollado mecanismos *sui generis* específicos en el marco del Derecho de la propiedad intelectual para satisfacer determinadas necesidades específicas u objetivos de política relacionados con el tema en cuestión: estos incluyen disposiciones jurídicas y medidas prácticas o administrativas. Por ejemplo la obligación *sui generis* de divulgación, como requisito para la presentación de muestras, puede aplicarse a los procedimientos de patente en relación con los nuevos microorganismos¹⁴. Se han hecho propuestas relativas a la obligación de divulgación relacionada específicamente con las patentes de invenciones derivadas de los recursos genéticos y de los conocimientos tradicionales asociados¹⁵. En lo que se refiere a los conocimientos tradicionales, el desarrollo de categorías o subcategorías definidas de conocimientos tradicionales en la Clasificación Internacional de Patentes puede considerarse como un elemento *sui generis* de un sistema existente para facilitar la protección defensiva de los conocimientos tradicionales¹⁶. Al ampliarse el concepto de derechos de los intérpretes o ejecutantes para incluir a aquellos que interpretan o ejecutan “expresiones del folclore¹⁷”, se abarcan temas *sui generis* relacionados con los conocimientos tradicionales dentro de un sistema de propiedad intelectual amplio. De ahí que, en cierta medida, pueda ser necesario

que, el Comité explore o defina los límites y la interacción entre, por un lado, los elementos *sui generis* de sistemas de propiedad intelectual existentes que tienen por efecto proteger los conocimientos tradicionales hasta cierto punto y, por el otro, los elementos de sistemas *sui generis* distintos concebidos específicamente para la protección de los conocimientos tradicionales.

II. CONOCIMIENTOS TRADICIONALES: UN CONCEPTO PRÁCTICO

10. En trabajos anteriores, la Secretaría de la OMPI ha utilizado el término “conocimientos

tradicionales” de manera flexible para referirse a obras literarias, artísticas o científicas basadas en la tradición; interpretaciones o ejecuciones; invenciones; descubrimientos científicos; diseños; marcas, nombres y símbolos; información no divulgada; y todas las

demás innovaciones y creaciones basadas en la tradición resultantes de la actividad intelectual

realizada en el ámbito industrial, científico, literario o artístico. La expresión “basadas en la

tradición” se refiere a los sistemas de conocimientos, creaciones, innovaciones y expresiones

[Continuación de la nota de la página anterior]

(Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 11 de marzo de 1996 sobre la Protección Jurídica de las Bases de Datos (Diario Oficial L 77, 27.3.1996, pág. 20)).

14 De conformidad con el Tratado de Budapest sobre el Reconocimiento Internacional Depósito de

Microorganismos a los fines del Procedimiento en materia de Patentes.

15 “Medidas para promover la revelación del país de origen de los recursos genéticos y del origen

de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales de las comunidades indígenas y locales en las solicitudes de derecho de propiedad intelectual” del párrafo 13d)ii) de las *Directrices de Bonn sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Distribución Justa y Equitativa de los Beneficios Provenientes de su Utilización*, aprobadas por la sexta Conferencia de las Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica. Véase la Decisión VII/24, Parte A, Anexo.

16 Véase el párrafo 39-40 del documento IPC/CE/31/8, Informe del Comité de Expertos, Unión Especial para la Clasificación Nacional de Patentes (Unión IPC), período de sesiones número 31, Ginebra del 25 de febrero al primero de marzo de 2002.

17 Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, Artículo 2a).

WIPO/GRTKF/IC/3/8

página 6

culturales que generalmente se transmiten de una generación a otra y, que por lo general se

considera que pertenecen a un pueblo en particular o a su territorio y que evolucionan constantemente en función de los cambios que se producen en su entorno”¹⁸. No se trata de

una definición formal sino de un concepto práctico de conocimientos tradicionales, tal vez no

tan preciso como una definición científica o jurídica, pero que incluye no obstante los

elementos esenciales para la comprensión de la naturaleza y el alcance de los conocimientos tradicionales como materia jurídica y es conforme con el enfoque general que se da a la definición de materia en el marco internacional de la propiedad intelectual.

11. Un estudio de las normas internacionales existentes en el ámbito de la propiedad intelectual revelaría que el contar con una definición precisa de los conocimientos tradicionales no es realmente un requisito primordial para definir los elementos jurídicos de un mecanismo que los proteja. En la mayoría de las leyes de patentes, por ejemplo, no se define en forma precisa el concepto de “invención”; de igual manera, se realiza una armonización y una fijación de las normas del derecho de patentes a nivel internacional sin que existan definiciones internacionales específicas o autorizadas en la materia de este concepto fundamental. A pesar de que lo que constituye “una invención” tiene elementos importantes de armonización en la práctica, sigue habiendo diferencias significativas a escala nacional luego de 120 años de armonización internacional progresiva. Asimismo, en la mayoría de las legislaciones de marcas, los “signos”¹⁹ no se definen en términos exhaustivos y por lo general se deja que las autoridades examinadoras y los tribunales decidan caso por caso si un signo específico cumple los requisitos necesarios para ser susceptible de protección. El elemento fundamental para la protección de toda materia jurídica es la identificación de ciertas características que ésta debe cumplir como condición para la protección – tales como la novedad, la actividad inventiva, el ser susceptibles de aplicación industrial en el caso de las invenciones y tener un carácter distintivo en el caso de las marcas. Se podría aplicar el mismo enfoque para los conocimientos tradicionales²⁰. En el mismo orden de ideas, existe un análisis más completo relativo a la definición de protección en el documento WIPO/GRTKF/IC/3/9.

12. El concepto práctico de conocimientos tradicionales, adoptado a los efectos del presente documento, pone especial énfasis en el hecho de que los conocimientos tradicionales están “basados en la tradición”. Esto no significa sin embargo que los conocimientos tradicionales sean obsoletos o que carezcan necesariamente de un carácter técnico. Los conocimientos tradicionales son “tradicionales” porque se crean de tal manera que reflejan las tradiciones de

las comunidades. De ahí que el término “tradicionales” no se relacione necesariamente con la naturaleza de los conocimientos sino con la manera en que esos conocimientos se crean, se conservan y se difunden. De este mismo concepto práctico se derivan otras dos características: los conocimientos tradicionales son una forma de identificación cultural de

¹⁸ *Necesidades y expectativas en materia de propiedad intelectual de los titulares de conocimientos tradicionales - Informe de la OMPI relativo a las misiones exploratorias sobre propiedad intelectual y conocimientos tradicionales*, OMPI, abril de 2001, pág. 25.

¹⁹ Cf ADPIC Artículo 15.1: “Cualquier signo o combinación de signos que sean capaces de distinguir los bienes o servicios de una empresa de la de otras empresas. Tales signos podrán registrarse como marcas de fábrica o de comercio”.

²⁰ Véase la *Nota Informativa sobre los Conocimientos Tradicionales*, preparada por la Secretaría de la OMPI para el Foro Internacional de la OMPI (La propiedad intelectual y los conocimientos tradicionales: nuestra identidad, nuestro futuro”, celebrada en Mascate (Omán) el 21 y el 22 de enero de 2002.

WIPO/GRTKF/IC/3/8

página 7

sus titulares, por lo que su conservación e integridad están relacionados con la preocupación

relativa a la conservación de las distintas culturas en sí; y aunque contengan información de

carácter práctico o tecnológico, los conocimientos tradicionales tienen una dimensión cultural

y un contexto social que los diferencia de otras formas de información científica o tecnológica.

13. Debido a que su creación, conservación y difusión está basada en las tradiciones culturales, los conocimientos tradicionales están fundamentalmente orientados hacia la cultura

o tienen cierta predisposición hacia la cultura, y son parte integral de la identidad cultural del

grupo social en el cual existen y se conservan. Desde el punto de vista de la cultura de la

comunidad en la que se han originado, cada componente de los conocimientos tradicionales

puede ayudar a definir la propia identidad de la comunidad. Esta característica puede parecer

obvia en lo que atañe a las expresiones del folclore y las artesanías, pero también se aplica a

otras esferas de los conocimientos tradicionales, como son los conocimientos de medicina y

agricultura. Las nociones medicinales derivadas de una cierta combinación de plantas por una

comunidad sudamericana, por ejemplo, difieren necesariamente de las nociones desarrolladas

por una comunidad africana sobre la base de plantas similares. Ello se debe a que el

desarrollo de conocimientos medicinales por las comunidades tradicionales no sólo responde a una necesidad específica sino también a enfoques y creencias culturales.

14. Esto contrasta fuertemente con el caso de dos invenciones científicas realizadas por dos diferentes equipos de inventores empleados con el objetivo de resolver el mismo problema técnico: no es raro que las dos invenciones sean muy similares, lo que en derecho de patentes puede dar lugar a procedimientos de interferencia o procedimientos judiciales similares que adjudican la titularidad a uno u otro de los solicitantes. Las reivindicaciones de patentes competidoras con respecto a la materia duplicada se resuelven sin hacer referencia al entorno cultural que dio origen a las invenciones. En cambio, la dimensión de la identidad cultural de los conocimientos tradicionales puede tener un impacto espectacular en cualquier marco jurídico futuro para su protección porque al ser un medio de identificación cultural, la protección de los conocimientos tradicionales, incluidos los conocimientos tradicionales de naturaleza técnica, deja de ser meramente una cuestión de economía o de derechos exclusivos sobre la tecnología como tal. Adquiere realmente una dimensión de derechos humanos, pues se entrelaza con cuestiones relacionadas con la identificación cultural y la dignidad de las comunidades tradicionales. Se puede establecer una analogía con el concepto de “derechos morales” del derecho de autor, concretamente con los derechos de integridad y de atribución, en el sentido de que podría considerarse necesaria una protección contra el uso culturalmente ofensivo de los conocimientos tradicionales u otras formas no económicas de uso indebido de los conocimientos tradicionales. También se pueden estipular sanciones específicas, tales como los daños y perjuicios adicionales en caso de uso indebido ofensivo del material protegido.

15. El hecho de que los conocimientos tradicionales se desarrollen en un contexto cultural peculiar también le confiere características importantes: para comprender la naturaleza exacta de los conocimientos tradicionales en su esencia, o simplemente para registrarlos o definirlos, puede revelarse necesario comprender las influencias culturales que los conforman. Ya sea

que los conocimientos tradicionales se creen en el marco de una tradición sistemática o formal, o bien en un contexto *ad hoc* o más informal, tienden con todo a formarse de una manera íntimamente relacionada con el entorno en que viven las comunidades tradicionales y como respuesta a la situación cambiante de esas comunidades. En ese aspecto, pueden tener una base empírica o aleatoria. No obstante, los conocimientos tradicionales pueden desarrollarse de acuerdo a sistemas de conocimientos y pueden ser incorporados a creencias y

WIPO/GRTKF/IC/3/8
 página 8

conceptos sistemáticos. La forma en que se crean las innovaciones puede obedecer a reglas basadas en la cultura. Sin embargo, la manera en que se crean los conocimientos tradicionales puede parecer, desde una perspectiva externa o universal, como no sistemática y sin método, en parte porque el reglamento o sistema que rige su creación puede transmitirse de manera informal o cultural, en parte porque este elemento sistemático no está explícitamente articulado, y en parte porque el proceso que lleva a la creación de los conocimientos tradicionales puede no estar formalmente documentado de la manera en que se registra la mayoría de la información científica y tecnológica. La forma aparentemente no sistemática de creación de los conocimientos tradicionales no disminuye su valor cultural o su valor desde el punto de vista de los beneficios técnicos, y plantea la pregunta de cómo registrar o definir la relación que guardan con el sistema de conocimientos, conjunto de normas o directrices culturalmente específicos, o con las creencias básicas que ayudan a formarlos. Al igual que con la característica “basada en la tradición”, la característica aparentemente “no formal” hace que se ponga especial énfasis en el contexto de creación, y en la necesidad potencial de que se consideren los elementos de este contexto cultural junto con los conocimientos en sí. Esta tercera característica esencial de los conocimientos tradicionales puede influir en la manera en que sean descritos y reivindicados si se llegara a crear un sistema *sui generis* de registro de los conocimientos tradicionales.

16. La identificación de características adicionales para poder determinar más precisamente el alcance de la materia susceptible de protección es, por supuesto, una cuestión que incumbe a la legislación nacional. Se aplicarán limitaciones en función de los objetivos de política de la protección. Por ejemplo, la legislación nacional puede conceder protección a conocimientos que estén en posesión de ciertas comunidades solamente. En ese sentido, la legislación puede limitar la protección otorgada a los conocimientos tradicionales de ciertas comunidades indígenas²¹ o de comunidades afroamericanas²². La legislación puede también determinar el campo técnico al que pertenece la materia objeto de protección, porque la legislación intenta alcanzar objetivos de política específicos asociados a ese campo específico de los conocimientos. Por ejemplo, se puede restringir la protección para que abarque los conocimientos tradicionales que guardan relación con los recursos genéticos ²³ (o más comúnmente, biológicos) o la medicina tradicional. La protección también puede estar condicionada a la utilización comercial de los conocimientos tradicionales²⁴ – dejando de lado, por lo tanto, los conocimientos de naturaleza puramente religiosa o cultural, como son los rituales o los recursos sagrados. El objetivo de política se limitaría en estos casos a responder a las preocupaciones relativas a la comercialización de los conocimientos tradicionales, dejando que otros instrumentos jurídicos (el Derecho consuetudinario inclusive, siempre que sea procedente) aborden los conocimientos de carácter religioso y cultural.

²¹ Véase la Ley de Biodiversidad del Brasil, Medida Provisional N° 2.186-15, del 26 de julio de 2001, Artículo 7.

²² Véase la Decisión N° 391 de la Comunidad Andina sobre el Régimen Común de Acceso a los Recursos Genéticos, del 2 de julio de 1996, Artículo 1.

²³ Por *ejemplo*, la Ley de Biodiversidad del Brasil, nota *supra* 15, Artículo 1; la Ley de Biodiversidad de Venezuela de 24 de mayo de 2002, Artículo 84.

²⁴ Véase la Ley N° 20 del 26 de junio de 2000, de Panamá, relativo al régimen especial de propiedad de los derechos colectivos de las comunidades indígenas para la protección de su identidad cultural y de los conocimientos tradicionales, Artículo 1.

WIPO/GRTKF/IC/3/8

página 9

17. Cabe señalar que las características que vengán a agregarse, como las tres mencionadas anteriormente, con la finalidad de definir mejor el ámbito de protección llevarán necesariamente a una reducción del ámbito de protección en la práctica. Sin embargo, una característica de los sistemas de propiedad intelectual radica en que la protección jurídica

efectiva que se brinda no se aplica a todo el material que pueda quedar comprendido dentro de una definición global amplia de la materia pertinente; en cierta medida, ésta es una característica inevitable de los sistemas o normas acordados internacionalmente, lo cual no excluye una concepción más amplia a nivel de las legislaciones nacionales.

III. SISTEMAS *SUI GENERIS* DE PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

18. La propiedad intelectual es un conjunto de principios y normas que regulan la adquisición, el uso y la pérdida de derechos e intereses respecto de bienes intangibles susceptibles de utilización en el comercio. Su objeto es esencialmente dinámico, como lo son

los principios y normas que la conforman. En consecuencia, la propiedad intelectual ha evolucionado últimamente a un ritmo muy rápido para poder incorporar las nuevas tecnologías y los métodos de actividad comercial generados por la economía mundial.

En

ciertos ámbitos, los mecanismos jurídicos existentes se han adaptado a las características del

nuevo objeto: el sistema de patentes ha debido afrontar las dificultades que plantean las invenciones biotecnológicas y los nuevos procesos de utilización de los dispositivos de las

tecnologías de la información (los denominados “métodos comerciales”); el derecho de autor

y los derechos conexos se han ampliado para resolver los problemas que plantean los programas informáticos, el comercio electrónico y la protección de las bases de datos.

Pero

en otros ámbitos se han creado nuevos sistemas, donde parecía que el simple esfuerzo de

adaptar los mecanismos existentes no respondería adecuadamente a las características del

nuevo objeto. Las variedades vegetales han justificado la creación de un sistema *sui generis*,

cuyo régimen principal está definido en el Convenio de la UPOV²⁵; los esquemas de trazado

(topografías) de los circuitos integrados también han sido objeto de un sistema especial que

integra elementos de las legislaciones de patentes, de diseños industriales y de derecho de

autor. Lo que hace que un sistema de propiedad intelectual sea un sistema *sui generis* es la

modificación de algunas de sus características para poder dar cabida adecuadamente a las

características especiales de su objeto, y a las necesidades específicas de política que llevaron

a la creación de un sistema distinto. La Secretaría de la OMC se refirió a la explicación del

sistema *sui generis* de protección de las obtenciones vegetales del Artículo 27.3b) del Acuerdo sobre los ADPIC, en los términos siguientes: “la protección *sui generis* ofrece a los

Miembros una mayor flexibilidad para adaptarse a las circunstancias particulares que surjan de las características técnicas de las invenciones en el ámbito de las obtenciones vegetales, tales como la innovación y la divulgación”²⁶.

²⁵ Véase el Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales de 2 de diciembre de 1961, revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972, el 23 de octubre de 1978, y el 19 de marzo de 1991. UPOV significa Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales.

²⁶ *Convenio sobre la Diversidad Biológica y Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio. Nota de la Secretaría*, documento de la OMC IP/C/W/216, del 3 de octubre de 2002, párrafo 3. El Acuerdo sobre los ADPIC constituye el Anexo 1C del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (OMC).

WIPO/GRTKF/IC/3/8

página 10

19. En este sentido, cualquier referencia a un sistema *sui generis* para la protección de los conocimientos tradicionales no implica que se deba crear un mecanismo jurídico a partir de la nada. Por el contrario, la propiedad intelectual ha evolucionado continuamente para seguir siendo un mecanismo eficaz de promoción del progreso tecnológico, la transferencia y la difusión de tecnología y para estar al servicio de los derechos e intereses de los creadores, así como de la equidad en las actividades comerciales. El aspecto fundamental de la propiedad intelectual es que abarca los activos intangibles y que confiere a los titulares el derecho de prohibir que otros reproduzcan su obra y/o fijen sus interpretaciones o ejecuciones o las reproduzcan (derecho de autor y derechos conexos) así como el derecho de excluir a otros de la utilización del objeto protegido (derechos de propiedad industrial). La idea fundamental es que la propiedad intelectual es el derecho de decir “no” a terceros (y en consecuencia, el derecho de decir “sí” a una persona que solicite el permiso de reproducir y/o utilizar el objeto protegido). La propiedad intelectual concebida dentro un criterio amplio puede llegar a considerarse como un nombre poco apropiado porque no abarca necesariamente las obras “intelectuales” como tales sino que cubre activos intangibles de orígenes diversos que no

conlleven necesariamente un trabajo intelectual abstracto; tampoco necesita ser definida ni protegida exclusivamente mediante derechos de propiedad (los derechos morales de los autores y la reputación de los comerciantes no son objeto de propiedad, desde el punto de vista del derecho civil).

20. Si se desarrollan de manera acertada, los sistemas de propiedad intelectual pueden llegar

a desempeñar una función esencial en la conservación de la identidad cultural de las comunidades tradicionales, y por consiguiente, en la potenciación de los titulares de conocimientos tradicionales, en el sentido de que se les atribuirá el derecho vital de decir “no”

a terceros que utilicen sus conocimientos tradicionales sin autorización o distorsionando su

uso, sea cual fuere su naturaleza comercial. En otras palabras, incluso las comunidades que

consideran que sus conocimientos (o parte de los mismos) deberían quedar fuera de los canales comerciales, pueden beneficiarse de la protección por propiedad intelectual, ya que

ello les otorgará el poder de impedir que esos conocimientos se comercialicen o utilicen de

manera distorsionante o culturalmente insensible²⁷.

²⁷ La potenciación de los titulares de los conocimientos tradicionales puede ser considerada como

un aspecto de derechos humanos de la protección de los derechos tradicionales. Pero esta cuestión tiene dos componentes adicionales que no dejan de ser importantes. Uno es de naturaleza jurídica: un sistema claro, transparente y eficaz de protección de los conocimientos tradicionales aumenta la seguridad jurídica y la previsibilidad para beneficio no sólo de los titulares de los conocimientos tradicionales sino también de la sociedad en su conjunto, incluidas las empresas e instituciones de investigación dedicadas a la bioprospección. El otro es de naturaleza económica: el formalizar y registrar los activos intangibles de las comunidades tradicionales los transformaría en capital, lo cual permitiría a las comunidades tradicionales realizar operaciones comerciales de manera más segura. Muchas comunidades tradicionales que viven en la pobreza son en realidad ricas en conocimientos, pero al no ser sus conocimientos objeto de títulos de propiedad en buena y debida forma, son susceptibles de apropiación comercial indebida por parte de terceros. Hernando de Soto, en su libro “El Misterio del Capital, ¿Por qué el capitalismo triunfa en occidente y fracasa en el resto del mundo?” (Ediciones El Comercio, noviembre de 2000) esgrime argumentos convincentes para conferir un carácter formal a los bienes inmuebles de las comunidades pobres de los países en desarrollo.

WIPO/GRTKF/IC/3/8

página 11

IV. ¿UN SISTEMA *SUI GENERIS* PARA LA PROTECCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES?

21. Como ya se ha señalado, el presente documento no pretende anticiparse al debate respecto a la necesidad de establecer un sistema *sui generis* para la protección de los conocimientos tradicionales como sustituto o como complemento de los mecanismos existentes de propiedad intelectual. Su finalidad es, de conformidad con lo solicitado por

varios Miembros del Comité, identificar algunos elementos que deberían considerarse siempre

y cuando se tome la decisión de desarrollar un sistema de este tipo. En realidad, se entiende

en general que algunos de los aspectos de los conocimientos tradicionales pueden ser protegidos de forma adecuada por los mecanismos existentes.

22. Una breve fábula puede ayudarnos a demostrar la naturaleza de los conocimientos tradicionales y la disponibilidad de mecanismos de propiedad intelectual que se adapten a sus

características. Imaginemos que un miembro de una tribu amazónica no se siente bien y solicita los servicios médicos del *pajé* (*pajé* significa chamán en tupí-guaraní). El chamán,

luego de examinar al paciente, va a su jardín (muchos chamanes de la selva tropical amazónica cultivan sus propias plantas²⁸) y recoge algunas semillas y frutas de diferentes

plantas. Mezcla esos ingredientes de acuerdo a un método que sólo él conoce y prepara una

pócima de acuerdo a una receta solamente conocida por él. Mientras prepara la pócima, y

posteriormente, mientras se la da al paciente (en una dosis también prescrita por él), el *pajé*

reza a los dioses de la jungla e interpreta una danza religiosa. También es posible que inhale

el humo de las hojas de una planta mágica (“la vid del alma”²⁹). La pócima se sirve y se guarda en un recipiente con dibujos simbólicos y el *pajé* viste su atuendo ceremonial para

proceder a la curación. En ciertas culturas, el *pajé* no se considera un curandero sino el instrumento a través del cual los dioses curan al paciente.

23. Los conocimientos tradicionales del chamán de la Amazonía son la combinación de todos esos elementos. Considerados separadamente, los mecanismos de propiedad intelectual

existentes podrían proteger la mayoría si no todos los elementos. Por ejemplo:

– las diferentes plantas con las cuales el chamán ha preparado la pócima pueden protegerse con arreglo a un sistema de protección de obtenciones vegetales, siempre que las

plantas sean nuevas, estables, y tengan un carácter distintivo y sean homogéneas;

– la pócima (o su fórmula) puede ser objeto de una patente, siempre que se demuestren la novedad y la actividad inventiva, que sea susceptible de aplicación industrial y

que no haya sido previamente divulgada;

– el uso y la dosis de la pócima también pueden ser protegidos mediante una patente en virtud de la legislación de los países de algunos de los Miembros del Comité que conceden

²⁸ Véase Mark J. Plotkin, *Tales of a Shaman's Apprentice – An Ethnobotanist Searches for New Medicines in the Amazon Rain Forest* (Cuentos del aprendiz de un chamán – Un etnobotánico busca nuevas medicinas en la selva tropical amazónica), ed. en inglés, Penguin Books, 1993.

²⁹ Véase Richard Evans Schultes y Robert F. Raffaut, *Vine of the Soul – Medicine Men, Their Plants and Rituals in the Colombian Amazonia* (*La vid del alma – Hombres dedicados a la medicina, sus plantas y rituales en la Amazonia colombiana*), ed. en inglés, Synergetic Press and Conservation Int'l, 1992.

WIPO/GRTKF/IC/3/8

página 12

patentes para nuevos usos de sustancias, así como para métodos terapéuticos nuevos e inventivos;

– el rezo, una vez fijado, puede ser amparado por el derecho de autor³⁰;

– la interpretación o ejecución, una vez fijada, puede ser protegida por derechos conexos derivados del derecho de autor, y el chamán – como intérprete o ejecutante – puede

beneficiarse de la concesión del derecho de autorizar la fijación de su interpretación o ejecución³¹;

– el recipiente que contiene la pócima puede ser patentado o protegido por un certificado de modelo de utilidad si tiene características funcionales nuevas e inventivas; sino

no las tiene, puede ser protegido en virtud de un sistema para diseños industriales;

– el dibujo del recipiente y el atuendo pueden ser protegidos por los sistemas ya sea de derecho de autor o bien de diseños industriales.

24. Naturalmente, la posibilidad de disponer de mecanismos existentes para la protección de

los elementos independientes de los conocimientos tradicionales dependerá de que se cumplan

los requisitos jurídicos para su protección. Como se indica en el documento OMPI/GRTKF/IC/2/9, los mecanismos existentes de propiedad intelectual no son necesariamente incompatibles con los distintos elementos de los conocimientos tradicionales.

De hecho, en respuesta a la Pregunta 1 de una encuesta sobre las formas existentes de protección de la propiedad intelectual para los conocimientos tradicionales, algunos Miembros suministraron información pertinente a este respecto:

“Varios miembros del Comité han indicado que los mecanismos de propiedad intelectual existentes están por lo general disponibles para la protección de los conocimientos tradicionales. Ciertos miembros del Comité, tales como la Unión Europea, Hungría, Suiza y Turquía han presentado una lista extensa de los mecanismos existentes, lo cual implica que el derecho a la protección de los conocimientos tradicionales depende casi exclusivamente del cumplimiento de las condiciones jurídicas anteriormente establecidas. En las respuestas de otros miembros se afirma que ciertos mecanismos específicos son más adecuados que otros para proteger los conocimientos tradicionales: Indonesia ha puesto de relieve la importancia del derecho de autor, de los signos distintivos (incluidas las indicaciones geográficas) y el secreto comercial; Noruega ha mencionado especialmente la protección mediante el secreto comercial de los conocimientos tradicionales que no sean del dominio público, así como, indirectamente el derecho de marcas. Samoa también ha puesto de relieve la importancia del derecho de autor y los derechos conexos.

“Australia, Canadá, Kazajstán y la Federación de Rusia han proporcionado ejemplos

evidentes de la forma en que los mecanismos de propiedad intelectual existentes ya han sido utilizados para proteger los conocimientos tradicionales. Australia ha identificado

³⁰ El Artículo 15.4)a) del Convenio de Berna también otorga protección a las obras no publicadas de autores desconocidos.

³¹ Y el chamán tendría derecho a dar su consentimiento a la fijación de esa interpretación o ejecución, de conformidad con las disposiciones del Artículo 6.2) del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas.

WIPO/GRTKF/IC/3/8

página 13

cuatro casos que, en su opinión, demuestran la facultad del sistema de propiedad intelectual australiano de proteger los conocimientos tradicionales: *Foster contra Mountford* (1976) 29 FLR 233, *Milpurrruru contra Indofurn Pty Ltd* (1995) 30 IPR 209, *Bulun Bulun & Milpurrruru contra R.T. Textiles Pty Ltd* (1998) 41 IPR 513 y *Bulun Bulun contra Flash Screenprinters* (examinado en (1989) EIPR Vol2, pp.346-355). Del examen de estos casos se desprende que la protección en virtud de la Ley de Derecho de Autor de Australia puede ser tan valiosa para los artistas aborígenes e isleños del Estrecho de Torres como para cualquier otro artista. Además, se dispone de otros derechos de propiedad intelectual para la protección de los conocimientos tradicionales, a saber, las marcas de certificación, el sistema de marcas en su globalidad y el sistema de dibujos o modelos industriales.

“En Canadá, la protección por derecho de autor concedida en virtud de la Ley de Derecho de Autor se utiliza ampliamente en favor de los artistas, compositores y escritores aborígenes de creaciones basadas en la tradición, tales como las obras talladas en madera de artistas de la costa del Pacífico, entre ellas las máscaras y tótems, las joyas de plata de artistas de la tribu Haida, las canciones y grabaciones sonoras de artistas aborígenes y las esculturas de artistas Inuit. Los pueblos aborígenes utilizan las marcas comerciales, en particular, las marcas de certificación, para identificar toda una serie de productos y servicios que van de las obras artísticas tradicionales a los productos alimenticios, vestidos, servicios turísticos y empresas administradas por tribus primitivas. Muchas empresas y organizaciones aborígenes han registrado marcas relacionadas con símbolos y nombres tradicionales. En cambio, la protección en virtud de la Ley de Dibujos y Modelos Industriales se concede en menor grado a personas o comunidades aborígenes. La empresa West Baffin Eskimo Cooperative Ltd. registró más de 50 dibujos a finales del decenio de 1960 para tejidos con imágenes tradicionales de animales y de personas pertenecientes al pueblo Inuit. Es cada vez más corriente en Canadá el hecho de que las comunidades aborígenes firmen acuerdos de confidencialidad con las autoridades y empresas no aborígenes para compartir sus conocimientos tradicionales. Por ejemplo, la empresa pesquera *Unaag Fisheries* de propiedad del pueblo Inuit del norte de Quebec y de la Isla Baffin, se ocupa de la administración de pesquerías. Esta empresa cede regularmente tecnologías patentadas a otras comunidades que utilizan su propia experiencia en la industria pesquera comercial. Las técnicas que elabora están protegidas como secretos comerciales.

“Tanto Kazajstán como la Federación de Rusia han proporcionado ejemplos de protección de conocimientos tradicionales técnicos mediante la concesión de patentes. Además, en Kazajstán, la apariencia externa de la vestimenta tradicional, los peinados (*saykele*), las alfombras (*tuskiiz*), las decoraciones de sillas de montar, las viviendas

(*yurta*) y sus elementos estructurales, así como los accesorios de vestir para mujeres, tales como las pulseras (*blezik*), las cunas típicas nacionales y las vajillas (*piala, torcyk*) están protegidos en calidad de dibujos o modelos industriales. Las designaciones que contienen elementos del ornamento de los habitantes de Kazajstán están registradas y protegidas como marcas comerciales.”³²

³² Véase el documento OMPI/GRTKF/IC/2/9 de la OMPI, párrafos 7 a 10.

WIPO/GRTKF/IC/3/8

página 14

25. En el mismo documento WIPO/GRTKF/IC/2/9, la Secretaría de la OMPI llamó la atención sobre algunos de los conceptos erróneos en relación con las limitaciones percibidas

de los mecanismos de propiedad intelectual existentes como sistema eficaz para la protección

de los conocimientos tradicionales:

“No obstante, cabe señalar que casi todos los conceptos jurídicos implícitos en esta lista de limitaciones percibidas podrían volver a evaluarse sobre la base de la experiencia obtenida mediante la aplicación del derecho de propiedad intelectual. Por ejemplo, la idea que sirve de fundamento a la limitación percibida en el sentido de que los conocimientos tradicionales son inherentemente del dominio público resulta del concepto de que los conocimientos tradicionales, al ser tradicionales, son "antiguos" y, por lo tanto, no pueden recuperarse. En realidad, tal como ya lo ha puesto de relieve la Secretaría de la OMPI en diferentes ocasiones, los conocimientos tradicionales, tan sólo por ser “tradicionales” no son necesariamente antiguos. La tradición, en el contexto de los conocimientos tradicionales, se refiere a la manera en que se elaboran dichos conocimientos y no a la fecha en que se elaboraron. Los conocimientos tradicionales son conocimientos que se han desarrollado sobre la base de tradiciones de cierta comunidad o nación. Por esa simple razón, los conocimientos tradicionales son impulsados culturalmente. No obstante, las comunidades producen y seguirán produciendo cada día conocimientos tradicionales como respuesta a sus exigencias y necesidades medioambientales. Además, incluso los conocimientos tradicionales que sean “antiguos”, en el sentido de que hayan sido elaborados ayer o hace muchas generaciones, pueden ser nuevos para varios sectores de la propiedad intelectual. La novedad, por lo general, se ha definido mediante leyes en función de criterios más o menos precisos, según los cuales, el elemento específico de conocimientos tradicionales se ha puesto a disposición del público en general (o, al menos de un grupo de personas con experiencia en la materia). En la esfera de las patentes, por ejemplo, es la divulgación (o su ausencia) la que establece si se ha cumplido con la condición de novedad (y de actividad inventiva). El momento en que se ha realizado la invención apenas se toma en cuenta con ese fin.³³ No obstante, éste no es un concepto absoluto, incluso en el ámbito de las patentes. Es un hecho bien conocido que unos pocos Estados miembros de la OMPI han aceptado aplicar también una protección provisional por patente a ciertas invenciones que han sido patentadas en otros países, siempre que esas invenciones no hayan sido objeto de utilización comercial. Una noción similar de “novedad comercial” se encuentra en los ámbitos de la protección *sui generis* de las obtenciones vegetales³⁴ y los esquemas de trazado (topografías) de circuitos integrados.”³⁵

26. Otra limitación comúnmente percibida es que los conocimientos tradicionales se crean y poseen colectivamente, mientras que las leyes de derecho de autor y de patente requieren la identificación de los distintos creadores. El documento OMPI/GRTKF/IC/2/9 propone un enfoque diferente de la cuestión de la propiedad:

³³ En algunos países que siguen la norma del “primer inventor”, la fecha en que se realizó la invención es importante en el contexto del examen así como en los procedimientos judiciales por interferencia.

³⁴ Véase el Acta de 1991 del Convenio de la UPOV, Artículo 6.1).

³⁵ Véase el Acuerdo sobre los ADPIC, Artículo 38.2.

WIPO/GRTKF/IC/3/8

página 15

“Por consiguiente, el concepto de “dominio público” al parecer no es un concepto horizontal y, por lo tanto, no debería privar a los miembros del Comité de buscar asistencia en los mecanismos de propiedad intelectual existentes para proteger los conocimientos tradicionales. En realidad, las respuestas mencionadas en el párrafo 22 parecen expresar una fuerte necesidad de seguir preguntándose si la eventual necesidad de desarrollar un nuevo régimen *sui generis* de propiedad intelectual para los conocimientos tradicionales surge de las características muy intrínsecas de dichos conocimientos, más bien que de las limitaciones resultantes de las condiciones de la protección prevista por los mecanismos existentes. Por ejemplo, tal como se ha dicho antes, las normas existentes por lo visto ya podrían contener la respuesta a los problemas en torno a la novedad y la originalidad de los conocimientos tradicionales. Además, el hecho de que los creadores/inventores de los conocimientos tradicionales no se puedan identificar fácilmente no impide necesariamente aplicar las normas existentes en materia de propiedad intelectual. La mayoría de los activos de propiedad intelectual pertenecen a entidades colectivas que, en muchos casos, representan a importantes grupos de individuos (la empresa General Motors es titular de derechos de propiedad intelectual en nombre de una comunidad de accionistas que es mucho más importante y está más difundida que la mayoría de las comunidades tradicionales identificadas). Por otro lado, el derecho de patentes no se ocupa necesariamente de cómo proteger a los *inventores* sino de cómo apropiarse de las *invenciones*. Del mismo modo, el derecho de autor, especialmente en el contexto del Acuerdo sobre los ADPIC, no tiene que ver con la protección de los *autores*, sino más bien con la apropiación de las *obras*. En otras palabras, la protección de los derechos individuales de los autores e inventores en el ámbito de la propiedad intelectual se ha orientado hacia la adopción y aplicación de normas nacionales, particularmente mediante los acuerdos contractuales y las normas laborales más bien que mediante el establecimiento de normas internacionales. Por ejemplo, en muchas leyes nacionales de patentes se ha reconocido excepcionalmente que, cuando el inventor no puede ser identificado y no desea ser identificado como tal, no se debería impedir a las oficinas nacionales de patentes emitir el documento de patente a pesar de las disposiciones del Artículo 4^{ter} del Convenio de París. El plazo de protección tampoco tendría que ser una cuestión problemática. La propiedad intelectual y una protección a largo plazo, si no indefinida, podrían no resultar incompatibles. La legislación de marcas e indicaciones geográficas podría revelarse extremadamente útil a

este respecto.”³⁶

27. Sin embargo, la posibilidad de proteger los elementos de los conocimientos tradicionales por separado no responde necesariamente a la necesidad de protección de los conocimientos tradicionales. Los conocimientos tradicionales no son la simple suma de sus distintos componentes: los conocimientos tradicionales son más que eso, son la combinación sistemática y coherente de sus elementos para formar una unidad indivisible de conocimientos y cultura. Para el *pajé*, el mérito de la curación radica en la combinación del extracto con los rituales religiosos, y no en la pócima por sí sola. Las características de varios de los mecanismos de propiedad intelectual antes mencionados no aceptan como objeto dicha combinación de elementos de los conocimientos. Puede ser necesario, por lo tanto, concebir un sistema que sea sensible a la naturaleza holística de los conocimientos tradicionales y que tenga un enfoque global. Las patentes, las marcas, los diseños, etc., pueden ser muy eficaces para proteger los distintos elementos de los conocimientos tradicionales, pero no contemplan su naturaleza holística.

³⁶ *Idem* en el párrafo 24.

WIPO/GRTKF/IC/3/8

página 16

28. Los conocimientos tradicionales, dentro de ese concepto holístico, tienen cuatro características únicas: los elementos espirituales y prácticos de los conocimientos tradicionales están entrelazados y son por lo tanto inseparables (es en este sentido que cada elemento de los conocimientos tradicionales sirve como factor inherente de identificación cultural de sus titulares); por el hecho de que las comunidades tradicionales crean los conocimientos en respuesta a un medio cambiante, los conocimientos tradicionales están en constante evolución y se perfeccionan progresivamente; los conocimientos tradicionales abarcan diferentes campos, en la esfera de las expresiones culturales y en el ámbito técnico; finalmente, ya que su creación no conlleva necesariamente un procedimiento sistemático y formal, los conocimientos tradicionales pueden aparentar tener un carácter menos formal, y su naturaleza sistemática y carácter global llegan a ser aparentes solamente cuando se tiene un mayor conocimiento de los contextos culturales y de las normas que rigen su creación.

V. ELEMENTOS DE UN SISTEMA *SUI GENERIS* PARA LA PROTECCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES

a) Marco jurídico general de un sistema sui generis

29. Esas cuatro características de los conocimientos tradicionales deben reflejarse de alguna manera en el marco general de cualquier sistema *sui generis* que se haya de considerar a nivel internacional, si se llega a un consenso en cuanto al desarrollo de un sistema de este tipo. Dada su naturaleza holística y en vista de la necesidad de responder al contexto cultural, el sistema *sui generis* no debería exigir que se separen y aislen los diferentes elementos de los conocimientos tradicionales sino más bien adoptar un enfoque global y sistemático. De hecho ya se han formulado sugerencias en el sentido de reflejar (y respetar) la naturaleza holística de los conocimientos tradicionales de forma que éstos puedan describirse e incorporarse en inventarios generales de conocimientos relativos a comunidades específicas (o grupos de comunidades)³⁷. Este inventario, recopilación, o base de datos contendría una descripción detallada de los conocimientos de las comunidades tradicionales sin separar sus componentes.

³⁷ “Las formas de protección de los conocimientos tradicionales son otro aspecto que necesita ser aclarado. Una posibilidad de garantizar esa protección sería crear bases de datos a nivel nacional e internacional y hacer respetar los derechos sobre esas bases para protegerlas contra su uso por partes no autorizadas.” Declaración de la Delegación del Brasil en la Reunión de la OMPI sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Ginebra, 17 y 18 de abril de 2000 (en archivos de la Secretaría de la OMPI); “Sistema de base de datos *sui generis*: entre las posiciones adoptadas por los autores jurídicos, [se omite la cita] están aquellas que tienden a sostener que la mejor manera de proteger los conocimientos tradicionales, dadas sus características, variedad y magnitud, sería mediante la introducción de bases de datos *sui generis*. Estas bases de datos, además de los típicos derechos sobre las bases de datos que son originales por la selección o disposición de su contenido, tendrían las siguientes características adicionales: protección de la información no divulgada: una protección relativa a la organización de la información contenida en la base de datos no sería suficiente pues tendrían que existir derechos sobre los conocimientos efectivamente registrados. Sin una protección del objeto, no existiría el incentivo de transferirlo en el caso de las innovaciones, o de sistematizarlo y especificarlo en el caso de los conocimientos tradicionales. El derecho de exclusión se aplica no sólo a la reproducción de la información sino también al uso de la información registrada. No hay necesidad de fijar previamente la información como requisito para recibir protección.” *Los conocimientos tradicionales y la necesidad de otorgarles una* [Sigue la nota en la página siguiente]

WIPO/GRTKF/IC/3/8

página 17

30. Un sistema basado en un inventario de conocimientos también tendría la ventaja de permitir la actualización y modificación de su contenido, así como la posibilidad de agregar

nueva información, sin formalidades costosas y complejas, como sería el registro de un procedimiento nuevo.

31. El hecho de que los conocimientos tradicionales se puedan describir en su totalidad obedece a la naturaleza complementaria de sus elementos (inseparables). Los conocimientos

del chamán podrían por lo tanto fijarse en una base de datos y ser protegidos mediante diferentes conjuntos de derechos (que a su vez pueden ser complementarios): el derecho de

impedir la reproducción y/o fijación de los elementos literarios y artísticos de sus conocimientos; y el derecho de impedir el uso de los elementos técnicos del contenido de la

base de datos.

32. Debido a la naturaleza intrínsecamente práctica de los conocimientos tradicionales, la

descripción y fijación en un inventario ha de ser necesariamente muy flexible, en el sentido de

que el único requisito, sobre todo en cuanto a los elementos técnicos, sería que la descripción

sea de fácil comprensión para un experto en la materia. Nadie debe esperar, por ejemplo, que

el chamán proporcione la fórmula o la composición de la fórmula o molécula de un componente químico determinado, sino simplemente una descripción de los materiales que

utiliza, de manera que otra persona pueda reproducirla.

33. Por último, debe destacarse que la naturaleza holística de los conocimientos tradicionales no es un concepto jurídico en sí sino que resulta de la naturaleza complementaria

de ciertos elementos de esos conocimientos, algunos de los cuales son fundamentalmente de

tipo espiritual o cultural, mientras que otros son esencialmente prácticos, como pone de manifiesto la fábula del *pajé*. Pero algunas comunidades han podido separar sus conocimientos de acuerdo a diferentes tipos de usos económicos y culturales, en los ámbitos

de las expresiones del folclore y de las artesanías. Ello podría dar lugar a una recomendación

en el sentido de seguir vías jurídicas diferentes (y complementarias) que convengan más a las

características de esas unidades de conocimientos que ya no estén intrínsecamente asociadas

al sistema global de cultura de las comunidades sino que quepan mejor en distintos compartimientos de ese sistema. El “holismo” de los conocimientos tradicionales no debería

por tanto estar “tallado en la piedra” y sería preferible adoptar un enfoque flexible. Un

sistema de protección sólo puede tener por finalidad responder a necesidades de política específicas más bien que proteger todos los aspectos de los conocimientos tradicionales. En

ese sentido, los elementos que se identifican a continuación, que están basados en un mecanismo posible de protección de inventarios o de recopilaciones de conocimientos tradicionales, no deben tomarse como exclusivos. Por ejemplo, las expresiones del folclore

[Continuación de la nota de la página anterior]

*protección por propiedad intelectual adecuada; Comité de la OMPI sobre la relación entre la propiedad intelectual, los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales. Documentos presentados por el Grupo de Países de América Latina y el Caribe (GRULAC), documento de la OMPI WIPO/GRTKF/1/5, del 16 de marzo de 2001 Anexo I, página 9; “La Delegación concluyó que la única manera de atender en forma adecuada las inquietudes de los titulares de conocimientos tradicionales era elaborando un régimen de protección positiva mediante un sistema *sui generis* para la protección por propiedad intelectual del contenido de las bases de datos de conocimientos indígenas.” Declaración de la Delegación de Venezuela, por cuenta de Cuba, Ecuador y Venezuela en la tercera sesión del Comité, Informe, *supra* nota 1, párrafo 122. WIPO/GRTKF/IC/3/8*

página 18

que se han desvinculado del medio físico donde habitan las comunidades y que, por lo tanto,

han adquirido una posición independiente en el universo cultural de ciertas comunidades,

estarán mejor abordadas en el marco de un enfoque como el de las Disposiciones Tipo OMPI/UNESCO, tal como se establece en el documento WIPO/GRTKF/IC/3/10.

Asimismo

la protección de las artesanías también puede considerarse eventualmente en el marco de un

sistema de registro que reconozca su *estilo* único que materializa inequívocamente el alma y

el espíritu de ciertas comunidades tradicionales. De ahí que sea posible que la labor relativa a

la protección de los conocimientos tradicionales permita concebir un “menú” de mecanismos

sui generis que representen los diferentes aspectos de los conocimientos tradicionales y que,

al igual que los mecanismos existentes, puedan ser utilizados de manera complementaria por

los creadores y los titulares de los conocimientos tradicionales como corresponda.

b) Elementos de un sistema sui generis

34. Una cuestión es identificar las características generales de un sistema *sui generis* adecuado para la protección de los conocimientos tradicionales, y otra, identificar los elementos que ese sistema debe contener para poder ser eficaz. Para poder identificar esos

elementos, se debe dar respuesta a la siguiente serie de preguntas esenciales a las que todo

sistema jurídico eficaz para la protección de los derechos de propiedad debe responder

satisfactoriamente:

- i) ¿cuál es el objetivo de política de la protección?
- ii) ¿cuál es el objeto que se ha de proteger?
- iii) ¿qué criterios debe reunir este objeto para ser protegido?
- iv) ¿quién es el titular de los derechos?
- v) ¿cuáles son los derechos?
- vi) ¿cómo se adquieren los derechos?
- vii) ¿cómo conceder y hacer cumplir los derechos?; y
- viii) ¿cómo se agotan o caducan los derechos?

WIPO/GRTKF/IC/3/8

página 19

- i) ¿Cuál es el objetivo de política de la protección?

35. La manera como se conformará y se definirá un sistema *sui generis* dependerá en gran

parte de los objetivos de política que se deseen alcanzar. ¿Será éste fundamentalmente defensivo en el sentido de que pretenda prohibir la apropiación indebida o el uso ilícito culturalmente ofensivo de los conocimientos tradicionales, o será semejante a las leyes de

protección del patrimonio cultural? ¿Tendrá un objetivo de política más amplio, como el de

un sistema creado en respuesta al Artículo 8(j) del Convenio sobre la Diversidad Biológica,

con los objetivos generales de conservación de la diversidad biológica, el uso sostenible de

sus componentes y la distribución justa y equitativa de los beneficios resultantes del uso de

los recursos genéticos? ¿Estará centrado en la promoción de la comercialización apropiada de

los conocimientos tradicionales o en su preservación dentro de un contexto cultural específico?

- ii) ¿Cuál es el objeto que se ha de proteger?

36. Los Miembros del Comité deberán decidir cuáles son los objetos que se beneficiarían

potencialmente de la protección y en qué forma ello respondería a los objetivos de política de

un sistema de protección. Por analogía con la legislación de derecho de autor, podría haber

cierta similitud con la lista no exhaustiva e ilustrativa de obras con derecho a protección establecida en el Convenio de Berna; o por analogía con la legislación de patentes, se podría

hacer referencia a un concepto general que debe interpretarse e implementarse a nivel práctico

aplicando normalmente la legislación nacional. Otra opción es, por supuesto, incluir todos los

conocimientos tradicionales, sin restricción ni limitación en cuanto al objeto, abarcando así

las expresiones culturales, tales como las obras artísticas, musicales y científicas, las interpretaciones o ejecuciones, las creaciones técnicas, las invenciones, los diseños, etc. La

simple inclusión en una definición general no genera derechos ejecutorios y este enfoque

dejaría abierta la posibilidad de definir más precisamente las restricciones en cuanto a qué

características específicas debe tener el objeto para ser susceptible de protección.

37. Otra opción anteriormente citada es la de limitar la protección a los conocimientos tradicionales técnicos asociados a la biodiversidad, dejando que las artesanías y las expresiones del folclore se aborden en disposiciones separadas, sin olvidar que la decisión de

dividir los conocimientos tradicionales holísticos en componentes separados (en otras palabras, la elección del mecanismo más adecuado en el “menú” anteriormente citado) deberá

incumbir a los titulares de los conocimientos tradicionales. Este enfoque podría tener en

cuenta el hecho de que algunos de los objetivos de política pueden abordarse mediante sistemas de propiedad intelectual ya existentes (en particular, los eventuales elementos *sui*

generis de esos sistemas), y que un sistema *sui generis* separado sólo será necesario para

alcanzar otros objetivos de política.

iii) ¿Cuáles son los criterios adicionales de protección?

38. Podría ser necesario aclarar que a pesar de que algunos conocimientos tradicionales entran dentro de una definición amplia, tal vez necesiten satisfacer criterios diferentes para

ser protegidos en el marco de un sistema *sui generis*. Esto puede suceder, por ejemplo, con

los conocimientos tradicionales que ya son de dominio público. Los titulares de conocimientos tradicionales deben ser conscientes de que los conocimientos tradicionales que

entran en el dominio público no pueden recuperarse sin afectar las expectativas legítimas y los

derechos adquiridos por terceros. Por lo tanto, es necesario definir el dominio público en

relación con los conocimientos tradicionales. Si dentro de un enfoque amplio, la información

WIPO/GRTKF/IC/3/8

página 20

que ha sido divulgada se considera automáticamente de dominio público, se habrá perdido

efectivamente toda una serie de conocimientos tradicionales con fines de protección por propiedad intelectual y será muy difícil, o imposible, recuperarlos. Por otro lado, la elaboración de bases de datos o de inventarios con la finalidad de documentar los

conocimientos tradicionales para impedir la apropiación indebida mediante solicitudes de patentes presentadas por terceros podría contribuir a agudizar el problema. Los Miembros del Comité pueden, sin embargo, recurrir al concepto de novedad comercial y especificar que todos los elementos (dentro del alcance predeterminado del objeto) de los conocimientos tradicionales que no hayan sido comercializados antes de la fecha de compilación de la base de datos, quedan protegidos. El concepto de novedad comercial, en realidad, no es ajeno a los mecanismos de propiedad intelectual existentes, tales como la protección de obtenciones vegetales de la UPOV³⁸, la protección de los esquemas de trazado (topografías) de circuitos integrados³⁹, y la protección de gasoductos mediante patentes⁴⁰.

39. Dos elementos adicionales, adoptados en la Ley N° 20 de Panamá, podrían ayudar a delimitar el objeto susceptible de protección definiendo mejor su alcance: a) la expresión de la identidad cultural de una comunidad determinada; y b) la posibilidad de ser utilizado comercialmente. En primer lugar, sólo los elementos de los conocimientos tradicionales que continúan siendo “tradicionales”, en el sentido de que siguen unidos intrínsecamente a la comunidad en que se originaron, serían susceptibles de protección en el marco de un sistema *sui generis*. En cambio, los elementos de los conocimientos tradicionales que hayan perdido ese vínculo, a través de un proceso de industrialización, por ejemplo, no podrán ser protegidos en el marco de un sistema *sui generis*⁴¹. En segundo lugar, los legisladores pueden decidir que los conocimientos tradicionales que no son susceptibles de utilización comercial no estarán amparados por el sistema *sui generis*. De hecho, es poco probable que un tercero se dedique al uso ilícito o distorsión de los conocimientos tradicionales si éstos no tienen utilidad comercial o industrial. Al limitar el alcance de los conocimientos tradicionales, la legislación reduciría el costo que genera su inscripción en registros o inventarios. Sin embargo, cabe señalar que la clasificación de los conocimientos tradicionales en dos categorías (una que tenga utilidad comercial, potencial o efectiva, y otra que no la tenga) puede ser contraria a la

naturaleza holística de los conocimientos tradicionales, según la cual, sus componentes espirituales y prácticos están entrelazados de tal manera que la mayoría de las veces es imposible distinguirlos.

40. Por último, la legislación puede establecer que el objeto de protección debe figurar en

inventarios, colecciones, compilaciones, o simplemente en bases de datos de conocimientos

tradicionales. Las implicaciones jurídicas de esta disposición se examinan más adelante. Lo

importante en esta coyuntura es que los Miembros del Comité que decidan la creación de un

sistema *sui generis* nacional pueden perfectamente terminar reconociendo que los conocimientos tradicionales, para poder ser protegidos, deben estar documentados y fijados.

³⁸ UPOV, 1991, Artículo 6.

³⁹ Tratado sobre la Propiedad Intelectual respecto de los Circuitos Integrados, de 1989, Artículo 7,

incorporado al Acuerdo sobre los ADPIC, Artículo 35.

⁴⁰ Véase el documento OMPI/GRTKF/IC/2/9 de la OMPI.

⁴¹ Pueden ser protegidos, sin embargo, por otras formas de propiedad intelectual. Algunos tipos de

artesanía, por ejemplo, han sido objeto de gran industrialización y modernización, con lo que han perdido sus características tradicionales y han dejado de ser objeto de identificación cultural. Esas artesanías pueden ser protegidas en el marco del sistema de diseño industrial porque se han transformado fundamentalmente en productos de consumo.

WIPO/GRTKF/IC/3/8

página 21

La documentación es imprescindible para el proceso de conservación de los conocimientos

tradicionales. Al mismo tiempo, la descripción de los conocimientos tradicionales tiene la

ventaja de hacer pública la intención de la comunidad de apropiarse de los conocimientos en

cuestión; por lo que la documentación y fijación actúan como señales de “prohibido el paso”,

exactamente como las reivindicaciones de las invenciones en el caso de las patentes.

iv) ¿Quién es el titular de los derechos?

41. Los derechos de propiedad intelectual pertenecen, en principio, a sus creadores (autores,

inventores, diseñadores, creadores, etc.), quienes pueden transferir sus derechos mediante

acuerdos contractuales. Pero se considera, por lo general, que los conocimientos tradicionales

son el resultado de la creación e innovación de un creador colectivo: la comunidad.

Esa

misma lógica indicaría que se deberían conceder los derechos a las comunidades, más que a

los individuos. Es este razonamiento el que explica la tendencia en algunas leyes nacionales y regionales que confieren protección a los conocimientos tradicionales, a designar como los titulares de los derechos a comunidades indígenas, comunidades afroamericanas, comunidades locales o comunidades autóctonas. Obviamente, luego podrá llegar a ser necesario establecer un sistema de definición geográfica y administrativa de las comunidades⁴².

42. A pesar de que la protección de los conocimientos tradicionales se percibe generalmente como una cuestión de derechos colectivos, la protección puede, no obstante otorgarse a los individuos. La solución para ello debe buscarse en el Derecho consuetudinario⁴³. De hecho,

la importancia del Derecho consuetudinario es fundamental para la atribución de los derechos

y beneficios dentro de la comunidad. En cualquier solución jurídica relativa a la protección

de los conocimientos tradicionales, adoptada tanto a nivel nacional como internacional, se

debe reconocer la importancia de las costumbres y tradiciones de una comunidad en relación

con el permiso otorgado a los individuos para utilizar elementos de los conocimientos tradicionales, dentro o fuera de la comunidad correspondiente, así como con cuestiones relativas a la propiedad, el derecho a beneficios, etc. Esas costumbres y tradiciones deben

describirse y registrarse junto con los elementos de los conocimientos tradicionales, para que

se cree una seguridad jurídica no solamente en lo que respecta a los elementos pertinentes de

los conocimientos tradicionales propiamente dichos, sino también en relación con la manera

de compartirlos entre las comunidades. Un ejemplo de cómo el Derecho consuetudinario

puede integrarse a un sistema *sui generis* de protección de los conocimientos tradicionales

figura en la Ley N° 20 de Panamá, que en su Artículo 15 establece lo siguiente:

“Los derechos de uso y comercialización del arte, artesanías y otras expresiones culturales basadas en la tradicionalidad de los pueblos indígenas deben regirse por el reglamento de uso de cada pueblo indígena, aprobado y registrado en la DIGERPI o en

⁴² Panamá ha aprobado una serie de leyes que definen el territorio de las comunidades indígenas y

establecen sus propios órganos administrativos, de acuerdo a sus propias costumbres y tradiciones. Véase Aresio Valiente López (Compilador) *Derechos de los Pueblos Indígenas de Panamá, Serie Normativa y Jurisprudencia Indígena*, OIT y CEALP, Costa Rica, 2002.

⁴³ En la Ley de Biodiversidad del Brasil, nota *supra* 15, Artículo 8, se indica que los derechos pueden otorgarse a las comunidades aun cuando los conocimientos sean de un solo individuo. El

Artículo 8 no es, sin embargo, obligatorio, lo que indica que la decisión final la toma la comunidad.

WIPO/GRTKF/IC/3/8

página 22

la Dirección Nacional de Derecho de Autor del Ministerio de Educación, según el caso⁴⁴”.

43. Los conocimientos tradicionales regionales pueden pertenecer a una comunidad que se

extiende más allá de las fronteras nacionales. También pueden pertenecer a dos o más comunidades vecinas que comparten el mismo medio ambiente, los mismos recursos genéticos y las mismas tradiciones. En el primer caso, debido a que la propiedad intelectual

es territorial, la comunidad debe obtener el reconocimiento de sus derechos en los diferentes

países en los que tradicionalmente vive. En el segundo caso, los legisladores tienen las siguientes opciones: pueden establecer la cotitularidad de los derechos, o pueden dejar que las

comunidades soliciten por separado y obtengan los derechos sobre la propiedad conjunta de

los conocimientos tradicionales. En cualquiera de los casos, sin embargo, incumbe a la legislación nacional decidir si las comunidades pueden actuar en colusión para evitar la competencia entre ellas en lo que se refiere a la cesión y transferencia de sus derechos a terceros. Dado que la colusión entre competidores, especialmente en materia de fijación de

precios, donde éstos tienen una participación significativa en el mercado, se considera una

violación de la legislación antimonopolio de los países de varios Miembros del Comité, esas

legislaciones nacionales tal vez deberían definir las excepciones correspondientes. Por otro

lado, la competencia entre las comunidades tradicionales para designar y transferir conocimientos susceptibles de aplicación industrial provocaría una reducción de los precios

que habría que pagar por dichos conocimientos, ello para beneficio de los consumidores, y

podría ser que así lo prefirieran algunos Miembros del Comité.

44. Una alternativa a la concesión de derechos a las comunidades es nombrar al Estado como custodio de los intereses y derechos de los titulares de los conocimientos tradicionales.

v) ¿Cuáles son los derechos?

45. Los diferentes elementos que componen los conocimientos tradicionales están entrelazados y pertenecen a los ámbitos artístico/cultural y técnico/comercial/industrial. Los

derechos que se han de adquirir sobre esos componentes deben ser por lo tanto de relevancia

para proteger los legítimos intereses de los titulares de los conocimientos tradicionales. Si se

hiciera un uso ilícito o lesivo de los elementos de los conocimientos tradicionales de naturaleza artística o literaria, los titulares de los derechos deberían estar autorizados para

impedir que otros reproduzcan y/o fijen y reproduzcan el producto fijado. Pero si se hiciera

un uso no autorizado de los componentes técnicos de los conocimientos tradicionales, los

titulares de los derechos deberían poder impedir su uso (por uso se entienden los actos de

realizar, utilizar, ofrecer a la venta, vender o importar para estos fines el producto tradicional

protegido, o cuando el objeto de protección sea un proceso, la acción de utilizar el proceso así

como la acción de utilizar, ofrecer a la venta, vender o importar a estos efectos como mínimo

el producto directamente obtenido mediante el proceso tradicional). De ahí que un sistema

sui generis de protección por propiedad intelectual de los conocimientos tradicionales deba

combinar las características del derecho de autor y los derechos conexos con las características de la propiedad industrial.

⁴⁴ Ley N° 20 de Panamá presentada por el Sr. Atencio López al Seminario Internacional de la OMPI sobre Preservación, Promoción y Protección del Folclore y los Conocimientos Tradicionales, celebrado en São Luiz de Maranhão (Brasil) del 11 al 13 de 2002. El Artículo 85 de la Ley de Biodiversidad de Costa Rica, Ley N° 7.788 de 1988, contiene disposiciones similares.

WIPO/GRTKF/IC/3/8

página 23

46. Al igual que la propiedad intelectual en general, y el derecho de autor en particular, los

conocimientos tradicionales también deben abarcar derechos materiales y morales. Los derechos morales sólidos respecto de los conocimientos tradicionales pueden ser, en efecto,

un componente vital de un futuro sistema *sui generis* debido a su función específica en la

protección y la conservación de la identidad cultural de las comunidades tradicionales, incluidos aquellos elementos de los conocimientos tradicionales que no deben ser utilizados

comercialmente.

47. Entre los derechos relativos a los conocimientos tradicionales también podrían figurar

los derechos de ceder, transferir y conceder bajo licencia el contenido de bases de datos de

conocimientos tradicionales de tipo comercial/industrial. Si la posibilidad de transferir los

derechos o de concederlos bajo licencia no estuviese incluida en la legislación, cualquier intento de abordar la cuestión de la distribución de beneficios en el marco de la Ley de Diversidad Biológica fracasaría necesariamente.

48. El hecho de que los derechos relativos a los conocimientos tradicionales sean fundamentalmente de naturaleza colectiva no afecta a su naturaleza privada, a menos que la legislación opte por elegir al Estado como custodio de los derechos comunitarios. Los derechos privados deberán pues estar relacionados con el interés público de la sociedad en su conjunto. Como todos los demás derechos de propiedad intelectual (así como todos los demás derechos de propiedad privada), los derechos sobre los conocimientos tradicionales no pueden ser poseídos ni ejercerse de manera que perjudiquen los intereses legítimos de la sociedad en su conjunto. Por lo tanto, los derechos sobre conocimientos tradicionales que se concedan deberán estar sujetos a excepciones, tales como la utilización por terceros con fines académicos o estrictamente privados⁴⁵.

49. Como se señala más arriba, los elementos antes mencionados se refieren a la protección en materia de propiedad intelectual del contenido de los inventarios de datos sobre conocimientos tradicionales, tal como sugirieron varias delegaciones⁴⁶. Esos elementos difieren de las disposiciones del Artículo 2.5) del Convenio de Berna⁴⁷, del Artículo 10.2) del Acuerdo sobre los ADPIC⁴⁸ y del Artículo 5 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor,

⁴⁵ La Ley N° 20 de Panamá contiene dos excepciones a los derechos concedidos: “los pequeños artesanos no indígenas” que se dedican a la elaboración, producción y venta de reproducciones de artesanías indígenas ngöbes y buglés, que residan en ciertos distritos, quedan excluidos de las disposiciones de la Ley (Artículo 23); por otra parte, se aplica una especie de excepción del “usuario anterior” a los “pequeños artesanos no indígenas” que hayan sido registrados en la Dirección General de Artesanías Nacionales en la fecha de entrada en vigor de la Ley (Artículo 24).

⁴⁶ Véase la Nota 28.

⁴⁷ El Artículo 2.5) del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (1991) estipula: “Las colecciones de obras literarias o artísticas tales como las enciclopedias y antologías que, por la selección o disposición de las materias, constituyan creaciones intelectuales estarán protegidas como tales, sin perjuicio de los derechos de los autores sobre cada una de las obras que forman parte de estas colecciones”.

⁴⁸ El Artículo 10.2 del Acuerdo sobre los ADPIC establece:

“Las compilaciones de datos o de otros materiales, en forma legible por máquina o en otra forma, que por razones de la selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones de carácter intelectual, serán protegidas como tales. Esa protección que no abarcará los datos o [Sigue la nota en la página siguiente]

WIPO/GRTKF/IC/3/8

página 24

de 1996⁴⁹, en el sentido que no se protege solamente la selección creativa u original o la

disposición del contenido, sino también el contenido mismo. Por otra parte, también difieren de las disposiciones del Capítulo III de la Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos, en la medida en que se sugiere que se confieran los derechos a los titulares de los conocimientos tradicionales y no a los fabricantes de las bases de datos; se deberá otorgar protección contra la reproducción y/o el uso del contenido de las bases de datos y no simplemente contra su extracción o “reutilización” en el sentido de que estén disponibles para el público; y finalmente, los derechos se deben hacer cumplir no solamente en el caso de datos cuya obtención, verificación o presentación haya requerido una inversión considerable⁵⁰, sino también en el caso de cualquier reproducción y/o uso no autorizados del contenido de la base de datos.

50. La idea de proteger el contenido de las bases de datos de conocimientos tradicionales tiene pues que ver más con la naturaleza exclusiva de la protección de datos de pruebas del Artículo 39.3 del Acuerdo sobre los ADPIC⁵¹, ya que estos datos deben ser protegidos contra el uso comercial desleal, aunque el propio gobierno ponga esos datos a disposición del público⁵². Esto tal vez permitiría que las bases de datos funcionen como un mecanismo viable para sistemas *sui generis* de protección de los conocimientos tradicionales⁵³. La protección del contenido de las bases de datos de conocimientos tradicionales debe realizarse sin perjuicio del uso complementario de otros mecanismos de propiedad intelectual, como el derecho de autor, las patentes, los certificados de obtenciones vegetales y las indicaciones geográficas.

51. Como se ha indicado anteriormente, también se puede desarrollar un sistema *sui generis* de tal manera que incluya características de elementos específicos de los conocimientos tradicionales, tales como las artesanías. Las artesanías de una comunidad determinada siguen las normas técnicas y artísticas que se han desarrollado a través de generaciones, como la

[Continuación de la nota de la página anterior]

materiales en sí mismos, se entenderá sin perjuicio de cualquier derecho de autor que subsista respecto de los datos o materiales en sí mismos”.

⁴⁹ El Artículo 5 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (1996) establece:

Las compilaciones de datos o de otros materiales, en cualquier forma, que por razones de la selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones de carácter intelectual, están protegidas como tales. Esa protección no abarca los datos o materiales en sí mismos y se entiende sin perjuicio de cualquier derecho de autor que subsista respecto de los datos o materiales contenidos en la compilación”.

⁵⁰ Véase la Directiva 96/9/CE, Artículo 7, Diario Oficial L 077, 27/03/1996.

⁵¹ La primera parte del Artículo 39.3 del Acuerdo sobre los ADPIC establece:

“Los Miembros, cuando exijan, como condición para aprobar la comercialización de productos farmacéuticos o de productos químicos agrícolas que utilizan nuevas entidades químicas, la presentación de datos de pruebas u otros no divulgados cuya elaboración suponga un esfuerzo considerable, protegerán esos datos contra todo uso comercial desleal”.

⁵² La segunda frase del Artículo 39.3 establece:

“Además, los Miembros protegerán esos datos contra toda divulgación, excepto cuando sea necesario para proteger al público, o salvo que se adopten medidas para garantizar la protección de los datos contra todo uso comercial desleal”.

⁵³ Para un análisis detallado de las experiencias actuales en materia de bases de datos de conocimientos tradicionales, véase el documento WIPO/GRTKF/IC/3/6 (“Inventario de bases de datos en línea de catalogación de conocimientos tradicionales”).

WIPO/GRTKF/IC/3/8

página 25

elección de materias primas determinadas, métodos de fabricación, colores, motivos decorativos, etc. Esos elementos habituales podrían ser objeto de un registro general (o descripción en una base de datos), lo cual haría que se concedan derechos exclusivos sobre el

estilo de una determinada línea de productos realizados artesanalmente por la comunidad de

acuerdo a los estándares descritos. Las piezas individuales derivadas de ese estilo podrían

registrarse, si la comunidad lo desea, para facilitar la protección. Un sistema de este tipo

garantizaría a la comunidad la concesión de derechos sobre sus artesanías, evitando así la

reproducción distorsionada por parte de terceros no autorizados.

vi) ¿Cómo se adquieren los derechos?

52. Una opción podría ser la ausencia total de formalidades jurídicas, es decir, que la protección exista a partir de la fecha de creación del elemento de los conocimientos tradicionales en cuestión, independientemente de cualquier formalidad⁵⁴. Esta opción puede

dar lugar, sin embargo, a problemas en cuanto a su aplicación práctica, como la necesidad de

probar la existencia misma del elemento de conocimientos en cuestión, problema que se resuelve mediante la obligación de fijación, y la eventual necesidad de probar que ha habido

plagio o infracción, obstáculo que se supera mediante la documentación/descripción y la presunción de disponibilidad pública de esa información, como en el caso de las marcas y las

patentes.

53. La segunda opción sería establecer el derecho una vez que se ha registrado la

compilación de datos sobre conocimientos tradicionales ante un organismo gubernamental.

La base de datos puede registrarse automáticamente una vez que se ha realizado el examen

formal de la documentación, de la representación jurídica, etc., o puede estar sujeta a un

examen sustantivo. Esta última fue la solución concebida por la Ley N° 20 de Panamá, que

creó el puesto de examinador de los derechos indígenas dentro de la Oficina de Propiedad

Industrial (DIGERPI); la persona trabaja en calidad de examinador y auditor para todos los

asuntos relacionados con los derechos de propiedad intelectual y los intereses de los pueblos

indígenas (en particular, aunque no exclusivamente, la presentación por parte de terceros de

solicitudes basadas en conocimientos indígenas en el ámbito de las patentes⁵⁴).

⁵⁴ Véase la Ley de Biodiversidad de Costa Rica N° 7788, de 1998, Artículo 82.

⁵⁵ Ley N° 20, Artículo 9. Este punto se refiere a los costos de realizar y registrar bases de datos o

inventarios de conocimientos tradicionales. La sociedad debe decidir si los costos correrán ya sea a cargo de las comunidades que obtendrán los derechos de propiedad sobre el contenido de los inventarios (bajo la forma de tasas), o de la sociedad. Panamá ha decidido que la sociedad debe encargarse de la adquisición y mantenimiento de los derechos de propiedad intelectual sobre los conocimientos de las comunidades. (Ley N° 20, Artículo 7: “[...] su tramitación ante la DIGERPI no requerirá los servicios de un abogado y se exceptúa de cualquier pago [...]”). Esa decisión está relacionada en última instancia con el concepto de distribución de riqueza y la necesidad de proveer asistencia para la potenciación de las personas indígenas y de las comunidades tradicionales. Por otro lado, la adopción de un sistema transparente y eficaz de protección de los conocimientos tradicionales reducirá el costo de las transacciones ya que eliminará la incertidumbre que rodea actualmente a todas las cuestiones de acceso a los recursos genéticos, biopiratería y uso desvirtuado de otras expresiones de cultura tradicionales. Es más, una vez que la protección de los conocimientos tradicionales por propiedad intelectual esté incluida en los acuerdos internacionales de comercio, se reducirán las distorsiones e impedimentos al comercio de bienes y servicios que incluyan conocimientos tradicionales, para beneficio de los exportadores de artesanías legítimas y productos agrícolas tradicionales. Y puesto que se prevén subsidios para inventores individuales y pequeñas empresas en las leyes [Sigue la nota en la página siguiente]

WIPO/GRTKF/IC/3/8

página 26

54. La protección formal implica el control preventivo del registro de los conocimientos tradicionales para evitar una reivindicación infundada del objeto. Por otra parte, tanto los

sistemas de protección formales como informales exigen el establecimiento de mecanismos

posteriores de control de la legitimidad de la reivindicación. Por ejemplo, si la legislación

adopta el requisito de novedad comercial como condición para la protección, los elementos que hayan sido comercializados con anterioridad y que, por lo tanto, sean de dominio público se expondrían bien a ser previamente rechazados, bien a ser posteriormente invalidados. Además, se podría poner al alcance de terceros perjudicados por reivindicaciones excesivas recursos de oposición o de apelación.

55. La legislación puede exigir que se divulguen todos los elementos de los conocimientos tradicionales presentados para ser registrados y que tengan potencialmente o de hecho, una aplicación industrial o comercial. En cambio, cualquier otra información de naturaleza puramente espiritual o sagrada puede mantenerse confidencial, si la comunidad así lo desea.

vii) ¿Cómo administrar los derechos y velar por su observancia?

56. Los derechos de propiedad intelectual son inoperantes si no se pueden hacer cumplir.

La protección de los conocimientos tradicionales no sería efectiva sin la disponibilidad de

medidas eficaces y expeditivas contra su reproducción y/o uso no autorizados (combinando

así, por un lado, las características del derecho de autor y los derechos conexos, y por el otro,

las de la propiedad industrial, para aquellos elementos de los conocimientos tradicionales

contenidos en inventarios sin efectuar una categorización en función de su naturaleza espiritual o técnica), como lo son los mandamientos judiciales o la indemnización adecuada.

Las disposiciones relativas a la observancia de los derechos de propiedad intelectual podrían

aplicarse de forma subsidiaria y *mutatis mutandis*⁵⁶. Además, en la práctica, los titulares de

los conocimientos tradicionales pueden encontrar dificultades para hacer cumplir sus derechos, lo cual haría posible la administración de los derechos mediante un mecanismo

distinto, eventualmente un sistema de administración recíproco o colectivo, o confiando a los

organismos gubernamentales la función específica de controlar y demandar a los que violan

los derechos.

viii) ¿Cómo se pierden o extinguen los derechos?

57. Hay dos enfoques posibles para este último tema. Un enfoque, generalmente preferido

por las legislaciones nacionales que hasta ahora han tratado la protección de los

conocimientos tradicionales, es establecer la protección por un período indefinido⁵⁷.

Este

enfoque se relaciona con la naturaleza intergeneracional y la tendencia al incremento de los

conocimientos tradicionales y reconoce que su aplicación comercial, una vez garantizada la

protección, puede demorar mucho tiempos⁵⁸. Pero si la protección de los conocimientos

[Continuación de la nota de la página anterior]

de patentes de países de varios Miembros del Comité, el subvencionar a comunidades tradicionales no sería entonces contrario al concepto mismo de derechos formales de propiedad intelectual.

⁵⁶ Véase la Ley N° 20 de Panamá, Artículo 21.

⁵⁷ *Idem* Artículo 7.

⁵⁸ Los conocimientos tradicionales cumplirían de esa manera una función de prospección, como pretende Edmund Kitch en relación con las patentes (véase Edmund Kitch, *La naturaleza y*

[Sigue la nota en la página siguiente]

WIPO/GRTKF/IC/3/8

página 27

tradicionales ha de establecerse después del acto inicial de su explotación comercial (por

ejemplo, por un período de 50 años contados a partir del primer acto comercial que involucra

al elemento protegido de los conocimientos tradicionales, que podría ser renovable por varios

períodos sucesivos), entonces tendría sentido fijar con antelación una fecha de vencimiento,

con la condición que se aplique exclusivamente a aquellos elementos de los conocimientos

tradicionales que tengan aplicación comercial/industrial y que puedan ser aislados de la totalidad del contenido de la base de datos sin perjuicio de su integridad. La realidad es que al

evolucionar, algunos de los conocimientos tradicionales pasan a ser obsoletos.

VI. CONCLUSIÓN

58. Se han identificado estos elementos de un sistema *sui generis* de protección de los conocimientos tradicionales con la finalidad de responder a una petición de varios de los Miembros del Comité y por ello no reflejan un consenso por parte del Comité. El objetivo

básico de este documento es el de mostrar que ya existen mecanismos de protección por

propiedad intelectual, tanto en el contexto de los conocimientos tradicionales como fuera del

mismo, que podrían trasladarse a un sistema *sui generis* para la protección de los conocimientos tradicionales. La utilización de elementos disponibles tiene la ventaja de evitar

“navegar en aguas desconocidas”. Por otra parte, las preocupaciones relacionadas con la

biopiratería y los costos de transacción en los ámbitos de las expresiones del folclore y de la biodiversidad asociada a los conocimientos tradicionales se resuelven mejor (aunque no exclusivamente) recurriendo a la adaptación de sistemas ya probados y a los principios que éstos contienen.

59. Se invita al Comité Intergubernamental a tomar nota del contenido del presente documento y a formular comentarios generales al respecto.

[Fin del documento]

[Continuación de la nota de la página anterior]

función del sistema de patentes, 20 J.L. & Econ. (1977)). Solamente unas pocas patentes cumplen una función de este tipo porque la mayoría de las invenciones se realizan en respuesta a las necesidades del mercado. Pero los conocimientos tradicionales no se crean con una finalidad comercial. De ahí que su aplicación comercial, a diferencia de la mayoría de las invenciones patentadas, requiera un estudio de mercado.

Anexo B. Ministerio de la Cultura / Instituto de Patrimonio. Procedimiento para la tramitación de Declaratorias ante el IPC.



Procedimiento para la tramitación de Declaratorias ante el IPC

A continuación se presentan los requerimientos y procedimientos para la tramitación de declaratorias de bienes como patrimonio cultural de la República por parte del Instituto del Patrimonio Cultural. A tal efecto, se presenta el marco legal e institucional sobre el que basa el proceso, los instrumentos legales que amparan los actos de declaratoria; las figuras legales que permiten conservar los bienes culturales objeto de declaratoria; los bienes susceptibles de declaratoria; los valores o méritos requeridos para la declaratoria, las etapas que conlleva dicho proceso; así como la guía de contenido para el desarrollo del estudio técnico relativo a los distintos tipos de bienes, entre ellos: bienes arqueológicos, centros históricos, edificaciones, paisajes culturales y jardines históricos, inmuebles, estatuaría, colecciones y testimonios y procesos culturales.

Este instrumento pretende facilitar la tramitación de las solicitudes de declaratoria, así como proporcionar una guía para desarrollar los estudios técnicos requeridos para aportar la información suficiente que permita soportar las declaratorias y las especificaciones técnicas solicitadas por los organismos verificadores.

Marco legal e institucional

Procedimiento para la declaratoria de bien de interés cultural, monumento nacional y sitios de patrimonio histórico-cultural o arqueológico

Guía de contenido para el desarrollo del estudio técnico para declaratorias

Sitios o yacimientos paleontológicos

Ciudades, centros históricos, poblados, barrios o sectores de interés

Edificaciones

Paisajes culturales y jardines históricos

Estatuaría

Colecciones

Procedimiento interno

Testimonios y procesos culturales

Requisitos para la solicitud de declaratoria

Modelo de carta para la solicitud de declaratoria

Formulario para la solicitud de declaratoria

Marco Legal e Institucional

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV - 1999)

La Carta Magna de la República establece un marco amplio de protección al patrimonio cultural por parte del

Estado, de tal forma que se garantizará la protección, preservación, enriquecimiento, conservación y restauración del patrimonio cultural, tangible e intangible, y la memoria histórica de la Nación por (Artículo 99°), así como la atención especial de las culturas populares constitutivas de la nacionalidad (artículo 100°), y la consideración de la realidad cultural de cada espacio como uno de los aspectos a considerar dentro de la política de ordenación del territorio (Artículo 128).

Ley Orgánica de Ordenación del Territorio (LOPOT - 1983)

Este instrumento jurídico que busca sentar las reglas de aprovechamiento y regulación de las actividades que poseen incidencia espacial sobre el territorio, además de presentar el marco jurídico de las Áreas Bajo Régimen de Administración Especial (ABRAE) dentro de las cuales se encuentran los Sitios de Patrimonio Histórico, Cultural y Arqueológico, definidos por aquellas edificaciones y monumentos de relevante interés nacional, así como las áreas circundantes que constituyen el conjunto histórico, artístico y arqueológico. Dichos espacios serán creados con el fin de salvaguardar elementos, obras, espacios, entre otros que revisten importancia esencial para la preservación de los bienes culturales de la sociedad venezolana (Artículo 16, numeral 4).

Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural (LPDPC - 1993)

En 1993, el Estado venezolano promulgó la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural con el objeto de "establecer los principios que han de regir la defensa del Patrimonio Cultural de la República, comprendiendo ésta: su investigación, rescate, preservación, conservación, restauración, revitalización, revalorización, mantenimiento, incremento, exhibición, custodia, vigilancia, identificación y todo cuanto requiera su protección cultural, material y espiritual" (Artículo 1). (Gaceta Oficial de la República de Venezuela, N° 4.623 Extraordinario del 3 de septiembre de 1993).

Este instrumento legal establece que corresponde al Instituto del Patrimonio Cultural la determinación de los bienes que integran el patrimonio cultural de la República, mediante resolución, debidamente motivada, la cual se publicará en la GACETA OFICIAL DE LA REPUBLICA DE VENEZUELA (Artículo 10° numeral 1) y que el Bien sea bajo la figura de Bien de Interés Cultural, Monumento Nacional o Sitio de Patrimonio Histórico.

[subir](#)

Establece, asimismo, que el Instituto del Patrimonio Cultural actuará como órgano de consulta vinculante en aquellos casos en los cuales el Presidente de la República resuelva declarar un bien cultural como monumento nacional (Artículo 10°, numeral 7).

La Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural, determina que corresponderá al Presidente de la República en Consejo de Ministros la declaratoria de un bien de interés cultural como Monumento Nacional y que los Bienes de Interés Cultural serán declarados por el Instituto del Patrimonio Cultural (Artículo 13).

Dicho artículo establece que los Sitios de Patrimonio Histórico Cultural, serán decretados por el Presidente en Consejo de Ministros, según lo establecido en la LOPOT, pero el control de la ejecución de los planes lo ejercerá el Instituto del Patrimonio Cultural.

Una vez declarados los bienes culturales bajo cualquiera de las categorías o figuras establecidas por la ley, los mismos serán sometidos a un régimen especial de manejo y le serán aplicadas condiciones especiales con el fin de garantizar su protección cultural y material. Para ello, la ley establece que deberá formularse el Plan de Conservación de cada bien declarado (artículo 10, numeral 2), el cual consiste en un instrumento de planificación y gestión que permitirá conseguir los objetivos de conservación que motivaron la declaratoria del bien cultural en cuestión.

Figuras de protección - Síntesis

En la actualidad, el patrimonio cultural venezolano puede ser protegido a través de tres figuras legales, a ser declaradas por órganos del Ejecutivo Nacional. Estas son: Bien de Interés Cultural, Monumento Nacional y Sitio de Patrimonio Histórico-Cultural o Arqueológico. (Los órganos ejecutivos del poder nacional, en sus niveles estatal o municipal, pueden también proteger el patrimonio cultural radicado en sus ámbitos territoriales a través de las declaratorias correspondientes).

Bien de Interés Cultural: Esta declaratoria le corresponde al Instituto del Patrimonio Cultural y constituye un requisito para la declaratoria de Monumento Nacional, que debe ser decretada por el Presidente de la República en Consejo de Ministros (*Artículo 10, numeral 7*).

Monumento Nacional: Esta declaratoria corresponde a aquellas obras, conjuntos o lugares, así como aquellos elementos del patrimonio vivo, de *relevancia fundamental* para la comprensión de la historia nacional o que constituyen expresiones *sobresalientes* de nuestra cultura. Dado que se plantean como diferentes a los *Bienes de Interés Cultural*, podemos pensar que los primeros poseen un rango /una importancia/ *mayor* que los segundos.

Sitio de Patrimonio Histórico-Cultural o Arqueológico: Esta figura se encuentra definida en la Ley para la

Ordenación del Territorio (*Artículo 16, numeral 4*) como áreas del territorio nacional compuestas "por aquellas edificaciones y monumentos de relevante interés nacional, así como las áreas circundantes que constituyen el conjunto histórico, artístico y arqueológico correspondiente". Los estudios y el control de la ejecución de los planes de ordenación y reglamento de uso de estas áreas deben ser adelantados en coordinación con el Instituto del Patrimonio Cultural y deben ser promulgadas por el Presidente de la República en Consejo de Ministros, según la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural (*Artículo 13 - Vedi supra-*). En cuanto son emitidas por el Presidente de la República en Consejo de Ministros, serían equivalentes a los Monumentos Nacionales.

Además, el instituto colabora con gestiones orientadas a la tramitación ante UNESCO, de declaratorias de patrimonio cultural mundial de la humanidad sobre manifestaciones culturales tangibles e intangibles venezolanas.

Bienes culturales susceptibles de ser declarados

La ley establece que integran el Patrimonio Cultural de la República, los siguientes tipos de bienes que así sean declarados:

- Los bienes muebles o inmuebles (...) que sean hayan sido o se declaren Monumento Nacional (*Artículo 6, numeral 1*).
- Los bienes muebles que se encuentren en museos nacionales, estatales o municipales o en otros lugares públicos o privados, de valor arqueológico, paleontológico, histórico o artístico, numismático o filatélico. Entre estos se encuentran los fondos documentales y bibliográficos, fototecas, mapotecas, fonotecas, videotecas, cinematecas. De igual forma, se considerarán los objetos y documentos de personajes de singular importancia en la historia nacional, así como las obras culturales premiadas nacionalmente, la estatuaría monumental y las obras de arte de los cementerios (*Artículo 6, numerales 3, 4, 8, 9, 10, 11*).
- Los bienes inmuebles con todo lo que contengan, entre los cuales se encuentran: edificaciones, centros históricos de poblaciones y sitios que presenten valor histórico, artístico, social, arqueológico o paleontológico, incluidas las zonas subacuáticas, especialmente las submarinas, o que presenten valores paisajísticos o ambientales; típicos, tradicionales, o de significación para la memoria urbana (*Artículo 6, numerales 2, 5, 6, 10, 12, 13*).
- El patrimonio vivo, intangible o inmaterial del país, sus costumbres, tradiciones, testimonios y procesos culturales, manifestaciones musicales, ritos y creencias (*Artículo 6, numeral 7*).

Valores o méritos requeridos por los bienes propuestos a declaratoria

La Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural señala algunos de los valores que deben poseer los bienes a ser declarados patrimonio cultural de la República. En términos generales, indica los siguientes:

- Los elementos cuyo contenido constituyan factores primordiales de nuestra identidad nacional (*Artículo 2*).
- El patrimonio vivo, intangible o inmaterial (*Artículo 6, numeral 7*).
- Los bienes muebles e inmuebles que presenten valor arqueológico, paleontológico, histórico, social, artístico, numismático o filatélico, social, paisajístico o ambiental, típico, tradicional, natural, que sean de significación para la memoria urbana (*Artículo 6, numerales 2, 3, 4, 5, 13*).
- Las obras culturales premiadas nacionalmente (*Artículo 6, numerales 10*).
- El patrimonio documental y bibliográfico (*Artículo 6, numerales 8*).
- Los objetos y documentos de personajes de singular importancia en la historia nacional, sus creaciones culturales trascendentes (*Artículo 6, numerales 9*).
- Los bienes muebles de valor histórico o artístico propiedad del Estado o de otras personas jurídicas de carácter público que se encuentren en museos nacionales, estatales o municipales o en otros lugares públicos o privados incluidos los de valor numismático o filatélico (*Artículo 6, numerales 3*).
- El patrimonio arqueológico y paleontológico donde quiera que se encuentre (*Artículo 6, numerales 13*).

Procedimiento para la declaratoria de bien de interés cultural, monumento nacional y sitios de patrimonio histórico-cultural o arqueológico

La declaratoria procederá cuando se determine que un bien, testimonio o proceso cultural reúne los méritos para formar parte del Patrimonio Cultural de la República, a partir de un estudio técnico que lo justifique plenamente. La declaratoria somete al bien a condiciones especiales con el fin de garantizar su conservación y transmisión a las generaciones presentes y futuras; dichas condiciones obligan a la administración del Estado a tomar una serie de responsabilidades para el cabal cumplimiento de los objetivos de la declaratoria, y pueden limitar o desnaturalizar el derecho de propiedad, hecho éste último que obligaría a la expropiación del bien, razón por la cual la declaratoria debe estar plenamente justificada (Véase Esquema general del procedimiento de

Declaratoria).

El proceso de declaratoria en breve

El inicio del proceso de declaratoria puede realizarse de oficio, a iniciativa del Instituto del Patrimonio Cultural, o a solicitud de cualquier persona natural o jurídica, pública o privada que eleve su propuesta al Instituto.

Una vez admitida la solicitud, se realizará el estudio técnico que permitirá comprobar si los bienes culturales presentados a consideración tienen los méritos que justifican la declaratoria y sustentan el acto administrativo respectivo, por parte del Instituto del Patrimonio Cultural o del Presidente de la República (en el caso de Monumentos Nacionales y Sitios de Patrimonio Histórico-Cultural).

El paso siguiente consiste en la elaboración del instrumento legal, resolución o decreto, en el que se declara el bien sometido a consideración bajo cualquiera de las categorías de protección previstas en la ley. Dicho instrumento, acompañado con el estudio técnico y la expresión cartográfica correspondiente, deberá ser validado por la Dirección General Sectorial de Planificación y Ordenación del Ambiente del Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales y el Instituto Cartográfico Simón Bolívar, para ser enviado a la Consultoría Jurídica del Ministerio de Asesoría, el cual, a su vez, promoverá su validación por la Procuraduría General de la República, antes de ser publicado en Gaceta Oficial.

En el caso de declaratorias de Monumento Nacional y Sitio de Patrimonio Histórico, se requiere el envío de los recaudos a la Presidencia de la República para ser sancionado por el Presidente de la República en Consejo de Ministros.

El Proceso de Declaratoria paso a paso

La solicitud

Las personas naturales o jurídicas que propongan un bien para su declaratoria deberán hacerlo en comunicación escrita dirigida al Presidente del Instituto del Patrimonio Cultural. En dicha comunicación deberá identificarse el bien, testimonio o proceso, nominado de la forma más completa posible, incluyendo apoyo gráfico, fotográfico y/o audiovisual; asimismo, deberán exponerse las razones o motivaciones que se argumentan para que el bien sea declarado; dichas razones deberán encontrarse sustentadas en los valores patrimoniales del bien. Se requiere organizar la información según el siguiente esquema:

- Nombre del bien
- Propietario
- Ubicación Localización exacta (en coordenadas, geográficas, y si es posible U.T.M.)
- Descripción, caracterización y méritos del bien
- Estado de conservación
- Potencialidades que presenta la conservación del bien
- Institución / persona responsable de la conservación del bien
- Fotografías

El Instituto del Patrimonio Cultural considera conveniente que la solicitud cuente con apoyo institucional de un grupo profesional con experiencia en el área, por autoridades nacionales, estatales o municipales, por fundaciones, asociaciones civiles sin fines de lucro, o corporaciones educativas o profesionales. En el caso de las colecciones, se aspira que los propietarios, coleccionistas, custodios o administradores de los bienes manifiesten su voluntad en relación con la consideración del bien para su declaratoria. En el caso de testimonios o procesos culturales, deberá contarse con la autorización de las personas, grupos o instituciones concernidas y con el respaldo comunitario.

Una vez estudiada la solicitud y verificada la procedencia de la misma, el Instituto del Patrimonio Cultural otorgará su visto bueno para proceder a la elaboración de un estudio técnico y legal que servirá para sustentar el instrumento legal correspondiente.

El estudio técnico

El estudio requerido para sustentar la declaratoria debe abordar tanto aspectos técnicos como legales de forma que aporte datos, juicios y criterios que permitan determinar la viabilidad de la misma y justificar el acto administrativo emitido por el Poder Nacional.

El estudio técnico se elabora a partir de un proceso de investigación documental y de campo de carácter multidisciplinario, así como de eventuales consultas con expertos, y requiere registros gráficos del bien propuesto para declaratoria, suficientes para su identificación, ubicación y descripción, así como la elaboración del material cartográfico requerido por los organismos competentes para la verificación de los linderos o delimitaciones espaciales, contenidos en los proyectos de resoluciones o decretos (Véase Instructivo N° 2). En el caso de testimonios y procesos culturales se priorizarán los registros audiovisuales.

En términos generales, el estudio técnico tiene el objetivo de justificar los méritos del bien y establecer la viabilidad de la declaratoria. Debe abarcar los siguientes aspectos:

Identificación, caracterización y valoración del bien que incluya un diagnóstico del estado de conservación y exposición de las potencialidades del bien.

Base conceptual utilizada (por ejemplo: paisaje cultural; multiculturalidad, patrimonio industrial, arquitectura vernácula, etc.).

Marco legal que tiene incidencia sobre el bien bajo estudio e información legal de interés para la toma de decisiones.

Instituciones, organismos, grupos organizados o personas que pueden tener intereses sobre el bien o se encuentren relacionados con el mismo.

Proposición del área geográfica a afectar.

Determinación de la viabilidad de la declaratoria.

Objetivos de conservación que se aspira cumplir con la declaratoria del bien.

Consulta y consentimiento de las comunidades concernidas o afectadas, en el caso de testimonios y procesos culturales.

Si una vez finalizado el estudio se concluye que la declaratoria es viable, se elaborará el correspondiente proyecto de Resolución o Decreto, con las exigencias legales pertinentes para ser sancionados en las instancias correspondientes.

El instrumento legal

La declaratoria de un bien cultural se formaliza mediante un acto administrativo denominado **Declaratoria**. La declaratoria se realiza en forma de resolución cuando es emitida por el Instituto del Patrimonio Cultural, tal es el caso de los Bienes de Interés Cultural, y en forma de decreto cuando es emitida por el Presidente de la República en Consejo de Ministros, tal es el caso de los Monumentos Nacionales y los Sitios de Patrimonio Histórico-Cultural o Arqueológico. En todos los casos estos instrumentos legales serán publicados en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, para que sus disposiciones comiencen a surtir efecto. (Véase Modelo de Resolución de Declaratoria de Bien de Interés Cultural; Modelo de Decreto de Monumento Nacional; Modelo de Decreto de Sitio de Patrimonio Histórico-Cultural o Arqueológico).

Requerimientos y modalidades de financiación económica

El Estudio Técnico requerido para sustentar la declaratoria requiere de un trabajo profesional especializado, usualmente interdisciplinario, en función de las áreas temáticas abordadas por la declaratoria propuesta y de las implicaciones socioeconómicas de la afectación. El Estudio Técnico se elabora a partir de un proceso de investigación documental y de campo, y requiere de registros gráficos y/o audiovisuales del(os) bien(es) afectados, así como la elaboración del material cartográfico requerido por los organismos competentes para la verificación de los linderos o delimitaciones espaciales, contenidos en los proyectos de resoluciones o decretos.

El costo del proceso de declaratoria dependerá del tipo de bien (tangible o intangible; muebles o inmuebles, edificaciones y sitios, entre otros), su complejidad, la extensión a afectar, los costos requeridos para su registro e inventario de los elementos componentes, de los costos de movilización, de las jornadas de difusión de la declaratoria en la comunidad, entre otros. La contratación deberá desarrollarse según los procedimientos establecidos por el Instituto del Patrimonio Cultural para la presentación de Ofertas de Servicios Profesionales, una vez establecidos los Términos de Referencia correspondientes, y deberá seguirse la Guía de Contenido para el desarrollo del Estudio Técnico.

El Instituto del Patrimonio Cultural considera las siguientes modalidades de financiación de los estudios técnicos requeridos para el desarrollo de las declaratorias:

- Proyectos desarrollados directamente por el Instituto del Patrimonio Cultural.
- Contratación de especialistas por Honorarios Profesionales.
- Recursos compartidos a partir de convenios de cofinanciamiento con organismos e instituciones del Estado o de la empresa privada.

Guía del contenido para el desarrollo del estudio técnico para declaratorias

En la siguiente sección se expone la Guía de Contenido para el desarrollo del Estudio Técnico para la declaratoria de los bienes culturales sometidos a consideración.

Estructura de la Guía de Contenido del Estudio Técnico

El contenido de la Guía para el desarrollo del Estudio Técnico se ha estructurado en las siguientes secciones:

1. Identificación.
2. Caracterización y valoración del bien.
3. Tradiciones y procesos culturales asociados.
4. Estado de conservación.
5. Potencialidades del bien.
6. Valores que motivan la declaratoria y objetivos de conservación y desarrollo por los cuales se propone la declaratoria.
7. Marco Legal.
8. Delimitación, descripción y justificación del área a afectar (Véase Instructivo N° 2). Como punto de referencia se adoptará el punto datum SIRGAS-REGVEN ELIPSOIDE GRS-80
9. Referencia documentales utilizadas en el estudio.
10. Apoyo gráfico.
11. Fotocopias de los documentos legales.
12. Ficha de inventario Instituto del Patrimonio Cultural.

Guía de contenido del Estudio Técnico para la declaratoria de Bien de Interés Cultural, Monumento Nacional y Sitio de Patrimonio Histórico Cultural o Arqueológico

A continuación, se expone el contenido general del estudio técnico para soportar la declaratoria de los siguientes tipos de bienes:

Bienes arqueológicos (yacimientos y sitios arqueológicos);
Bienes paleontológicos (yacimientos y sitios paleontológicos)
Centros históricos, centros poblados, barrios o sectores de interés;
Edificaciones e inmuebles;
Bienes muebles (individuales);
Bienes muebles (objetos y colecciones);
Testimonios y procesos culturales.

El contenido del estudio técnico se ha estructurado de forma uniforme, adaptando la sección Caracterización y valoración del bien, a la naturaleza de cada uno de ellos, con el fin de abordar las particularidades de cada uno.

Sitios o yacimientos paleontológicos

Se denominan de tal forma, a las localidades que contienen restos fosilizados de plantas o animales, así como sus improntas que pueden ser estudiados por medio y en conjunto de metodologías paleontológicas, por parte de ciencias o disciplinas como la geología histórica, la biológica, y en ciertos casos, la arqueología.

1. Identificación.

- 1.1. Denominación.
- 1.2. Localización político-administrativa (Región, Estado, Municipio, Parroquia, Ubicación) y cartográfica (en coordenadas UTM).

2. Caracterización y valoración del bien.

Se aspira que esta sección permita caracterizar, valorar y justificar la declaratoria del bien propuesto para declaratoria, así como exponer la base conceptual desde la cual se enfoca la caracterización y valoración del bien objeto de la declaratoria; por ejemplo: paisaje cultural; multiculturalidad, patrimonio industrial, paleontología, arquitectura vernácula, etc. Entre otros aspectos deben ser abordados los siguientes puntos:

- 2.1. Tipo de sitio y consideraciones histórico-geológicas, e incluso histórico-antropológicas, si aplica, que permiten su caracterización (marco teórico contextual o paradigma; componentes u ocupaciones; filiación cultural; ubicación cronológica).
- 2.2. Recuento histórico-documental de las investigaciones realizadas.
- 2.3. Presentación técnico-sistemático de las evidencias. (Materiales diagnósticos) .
- 2.4. Extensión y profundidad del sitio.
- 2.5. Descripción y valoración del entorno ambiental datos geo-ambientales.
- 2.6. Datos de población, usos del suelo y principales actividades realizadas en el sitio.

3. Tradiciones y procesos culturales asociados al sitio.

4. Estado de conservación.

Exposición de los principales problemas de conservación que afectan el sitio paleontológico y diagnóstico del

estado de conservación (Condiciones de integridad y factores que amenazan la preservación del sitio: vandalismo, labores agrícolas, urbanización, obras públicas, etc.).

5. Potencialidades del área a declarar.

Preservación estricta, investigación, uso público o interpretación.

6. Valores que motivan la declaratoria y objetivos de conservación, desarrollo y protección por los cuales se propone la declaratoria del sitio paleontológico.

Síntesis de los aspectos que ponen de relieve la importancia del sitio paleontológico en el marco de la paleontología e historia nacional, regional y/o local (antigüedad, integridad, singularidad o representatividad, identificación de la comunidad, etc.). Objetivos de conservación, desarrollo y protección por los cuales se propone la declaratoria de la edificación o el inmueble.

7. Marco legal.

7.1. Base legal (Constitución de la República; Tratados Internacionales; Ley de Ordenación del Territorio, y de Ordenación del Estado; Leyes Especiales; Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural, otras leyes que apliquen, según el caso, etc.)

7.2. Afectación legal (Figuras legales como ABRAE; Planes de Ordenación Nacional, Regional o Local; Planes Especiales; ordenanzas de zonificación; declaratorias regionales o municipales, etc.).

7.3. Adscripción (Pública, privada, mixta. Indicar la institución u organismos de adscripción).

7.4. Propietario o propietarios (identificación completa, dirección de habitación y trabajo, números de teléfono de habitación y trabajo donde realizar las notificaciones de rigor).

8. Delimitación, descripción y justificación del área a declarar.

8.1. Delimitación y justificación del área a declarar. Exposición de los criterios utilizados para la delimitación propuesta, la cual incluirá el entorno inmediato o área circundante del bien, así como la zona de protección propuesta. Dichos criterios abordarán aspectos cualitativos: sociales, culturales y legales; espaciales, físico-naturales, ambientales o de infraestructura.

8.2. Descripción de la poligonal. La descripción de la poligonal debe estar asociada a puntos de coordenadas y relacionada con elementos de carácter sociocultural, legal, físico-natural e infraestructura presentes en el área. La descripción de la poligonal se realizará a partir de accidentes geográficos, infraestructura, rumbos, distancias y puntos de poligonal en coordenadas UTM -Universal Transversa de Mercator-, referida al Datum La Canoa, Huso 19, sobre base cartográfica oficial producida por el Instituto Geográfico de Venezuela "Simón Bolívar", en la escala conveniente. Se deben considerar las referencias al punto Datum SIRGAS-REGVEN elipsoide GRS-80.

8.3. Superficie a afectar en hectáreas.

9. Referencias documentales utilizadas en el estudio.

10. Apoyo gráfico.

10.1. Registro fotográfico del sitio y de los materiales paleontológicos asociados. De ser posible presentar un registro de las modificaciones sufridas por el sitio a través del tiempo. Así como información fotográfica antigua y actual. Como mínimo diez (10) fotografías a color, de tamaño 5" x 7", que incluyan tomas generales y de los detalles característicos del yacimiento y del inmueble, asociado si aplica). Deben aportarse los negativos.

10.2. Levantamiento del sitio.

10.3. Planos y levantamientos.

10.3.1. Ubicación cartográfica relativa - en relación al país, el estado y al municipio.

10.3.2. Área objeto de declaratoria delimitada por una poligonal cerrada sobre base cartográfica oficial producida por el Instituto Geográfico de Venezuela "Simón Bolívar" o MINFRA en escala conveniente. Una vez aprobado por el IPC, el plano se presentará, en tinta china sobre papel sepia y deberá contar con las leyendas pertinentes, escala, etc. Dicho plano es condición indispensable para la tramitación de la declaratoria ante los organismos correspondientes. Se requiere, asimismo, copia de toda la información en formato digital.

10.3.3. Levantamiento topográfico del sitio referido a las coordenadas UTM y sobre base cartográfica del Instituto Geográfico de Venezuela "Simón Bolívar" y/o del Ministerio de Infraestructura.

10.3.4. Afectaciones legales vigentes (ABRAES, información catastral, zonificación).

11. Fotocopia de los siguientes documentos:

11.1. Copia certificada del título de propiedad;

11.2. Tradición legal de la propiedad;

11.3. Certificación de gravámenes;

11.4. Información de catastro (cuando el yacimiento se encuentre dentro de un predio urbano);

12. Ficha de inventario de sitios paleontológicos suministrada por el Instituto del Patrimonio Cultural. Colecciones paleontológicas.

Ciudades, centros históricos, poblados, barrios o sectores de interés

1. Identificación.

- 1.1. Denominación de la ciudad, centro histórico, centro poblado, barrio o sector de interés.
- 1.2. Localización político-administrativa (Región, Estado, Municipio, Parroquia, centro poblado, sector, dirección).

2. Caracterización y valoración del bien.

Se aspira que esta sección permita caracterizar, valorar y sustentar la declaratoria del bien objeto de la declaratoria, así como exponer la base conceptual utilizada para interpretar el bien objeto de la declaratoria; por ejemplo: paisaje cultural; multiculturalidad, patrimonio industrial, arquitectura vernácula, etc. Entre otros aspectos deben ser abordados los siguientes puntos:

- 2.1. Investigación histórica. Permite establecer el carácter de la ciudad o conjunto y la suma de elementos materiales y espirituales que determinan su imagen. Se requiere describir los principales elementos que conforman la ciudad, centro poblado, barrio o sector de interés, como son:
- 2.2. Origen, evolución y transformación urbana del centro histórico, centro poblado, barrio o sector de interés.
- 2.3. Funciones adquiridas en el curso de la historia del centro histórico, centro poblado, barrio o sector de interés.
- 2.4. Aspectos morfológicos del centro histórico, centro poblado, barrio o sector de interés (Por ejemplo: descripción de la forma urbana definida por la trama y el parcelario; relación entre los espacios urbanos, edificios, espacios verdes y libres; forma y aspecto de los edificios -interior y exterior-, definidos a través de su estructura y volumen, estilo, escala, materiales, color y decoración calles, plazas, manzanas, nodos, hitos, entre otros).
- 2.5. Bienes declarados y con valor. Monumentos Nacionales, Estadales y Municipales existentes dentro del centro histórico, centro poblado, barrio o sector de interés, así como aquellos elementos con valor aunque no se encuentren declarados, destacando su importancia y función dentro del centro histórico, centro poblado, barrio o sector.
- 2.6. Datos geo-ambientales. Esta sección permite caracterizar y valorar el medio físico en el que se encuentra ubicado el bien bajo estudio, haciéndose énfasis en los siguientes aspectos:
- 2.7. Descripción del medio físico.
- 2.8. Relaciones entre el centro histórico, centro poblado, barrio o sector y su entorno, natural o creado por el hombre.
- 2.9. Elementos paisajísticos o perceptuales. Visuales de interés.
- 2.10. Datos poblacionales, usos del suelo y principales actividades.

3. Tradiciones y procesos culturales asociados

Véase Sección relativa a la Declaratoria de Testimonios y Procesos Culturales.

4. Estado de conservación.

Exposición de los principales problemas de conservación que afectan el centro histórico, centro poblado, barrio o sector de interés. (Condiciones de integridad y factores que amenazan la preservación del sitio como presiones debidas al desarrollo - agricultura, minería, urbanización, obras públicas -, ambientales, desastres naturales, afluencia de visitantes o turistas, densidad demográfica, vandalismo, otros).

5. Potencialidades del área a declarar.

Impacto social y ambiental derivados de su conservación. (Usos propuestos para su recuperación y desarrollo, para la investigación o la interpretación).

6. Valores que motivan la declaratoria y objetivos de conservación, desarrollo y protección por los cuales se propone la declaratoria del bien.

Síntesis de los aspectos que ponen de relieve la Importancia del centro poblado, barrio o sector de interés en el marco de la historia nacional, regional y/o local; antigüedad, integridad, singularidad o representatividad, identificación de la comunidad, etc. Objetivos de conservación, desarrollo y protección por los cuales se propone la declaratoria de la edificación o el inmueble.

7. Marco legal.

- 7.1. Base legal (Constitución de la República; Tratados Internacionales; Ley de Ordenación del Territorio, y de Ordenación del Estado; Leyes Especiales; Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural, otras leyes que apliquen, según el caso, etc.)
- 7.2. Afectación legal (Figuras legales como ABRAE; Planes de Ordenación Nacional, Regional o Local; Planes Especiales; ordenanzas de zonificación; declaratorias regionales o municipales, etc.).
- 7.3. Adscripción (Pública, privada, mixta. Indicar la institución u organismos de adscripción).
- 7.4. Propietario o propietarios (identificación completa, dirección de habitación y trabajo, números de teléfono de habitación y trabajo donde realizar las notificaciones de rigor).

8. Delimitación, descripción y justificación del área a declarar.

- 8.1. Delimitación y justificación del área a declarar. Criterios utilizados para la delimitación propuesta. La delimitación espacial deberá comprender el entorno inmediato o área circundante del bien, así como la zona de protección. Aspectos cualitativos: sociales, culturales y legales; espaciales, geográficos, físico-naturales, ambientales o de infraestructuras.
- 8.2. Descripción de la poligonal. La descripción de la poligonal debe estar asociada a puntos de coordenadas y relacionada con elementos de carácter sociocultural, legal, físico-natural e infraestructura presentes en el área. La descripción de la poligonal se realizará a partir de accidentes geográficos, infraestructura, rumbos, distancias y puntos de poligonal en coordenadas UTM -Universal Transversa de Mercator-, referida al Datum La Canoa, Huso 19, sobre base cartográfica oficial producida por el Instituto Geográfico de Venezuela "Simón Bolívar", en la escala conveniente.
- 8.3. Superficie a afectar en hectáreas.

9. Referencias documentales utilizadas en el estudio.

10. Apoyo gráfico.

10.1. Registro fotográfico. Del centro histórico, centro poblado, barrio o sector de interés. De ser posible presentar un registro de las modificaciones sufridas por el sitio a través del tiempo. Así como información fotográfica antigua y actual. Como mínimo diez (10) fotografías a color, de tamaño 5" x 7", que incluyan tomas generales y de los detalles característicos del inmueble). Deben aportarse los negativos.

10.2. Planos y levantamientos.

10.2.1. Ubicación cartográfica relativa, en relación al país, el estado y al municipio.

10.2.2. Área objeto de declaratoria delimitada por una poligonal cerrada sobre base cartográfica oficial producida por el Instituto Geográfico de Venezuela "Simón Bolívar" o MINFRA en escala conveniente. Una vez aprobado por el IPC, el plano se presentará, una vez aprobado por el IPC, en tinta china sobre papel sepia y deberá contar con las leyendas pertinentes, escala, etc. Dicho plano es condición indispensable para la tramitación de la declaratoria ante los organismos correspondientes; se requiere, asimismo, copia de la información en formato digital.

10.2.3. Levantamiento topográfico del sitio referido a las coordenadas UTM y sobre base cartográfica del Instituto Geográfico de Venezuela "Simón Bolívar" y/o del Ministerio de Infraestructura. Levantamiento topográfico del sitio de aquellos elementos que componen el bien a declarar.

10.2.4. Indicaciones catastrales del parcelario.

10.2.5. Zonificación urbana vigente.

10.2.6. Ubicación de los bienes declarados y con valor.

11. Fotocopia de los siguientes documentos:

11.1. Gacetas Oficiales de los bienes declarados mencionados en el informe.

11.2. Fotocopia de los instrumentos legales referidos en el estudio.

11.3. Ordenanzas de la zona de interés.

11.4. Información de catastro.

12. Ficha de Inventario

Suministrada por el Instituto del Patrimonio Cultural del bien propuesto para declaratoria, así como de los elementos urbanos mencionados en la descripción del poblado, barrio o sector de interés, tanto de aquellos declarados Monumentos Nacionales, Estadales y Municipales como aquellos con valor, aunque no se encuentren declarados.

Edificaciones

1. Identificación.

1.1. Denominación

1.2. Localización político-administrativa (Región, Estado, Municipio, Parroquia, Ubicación, centro poblado, sector, calle y número).

2. Caracterización y valoración del bien.

Se aspira que esta sección permita caracterizar, valorar y justificar la declaratoria del bien propuesto para declaratoria, así como exponer la base conceptual utilizada para la interpretación realizada para ello. En el caso de edificaciones e inmuebles deben ser abordados los siguientes aspectos:

2.1. Investigación histórica, arquitectónica y arqueológica. Permite establecer los aspectos históricos, estéticos, formales, funcionales y materiales de la edificación o la suma de elementos materiales y espirituales que han determinado su aspecto actual o imagen. Se abordarán los siguientes aspectos:

2.1.1. Marco histórico.

2.1.2. Descripción formal y funcional.

2.1.2.1. Nombre del proyectista, en caso de conocerlo

2.1.2.2. Estilo o estilos representados. .

2.1.2.3. Fecha del proyecto y de la construcción.

2.1.2.4. Materiales empleados

2.1.2.5. Uso original y evolución de los usos.

2.1.2.6. Elementos formales y estéticos que definen y caracterizan la edificación o inmueble.

2.1.2.7. Organización, composición y distribución espacial.

2.1.3. Elementos que integran la edificación o inmueble.

2.1.4. Bienes muebles que constituyen parte esencial del bien.

2.1.5. Modificaciones que ha sufrido el inmueble a lo largo del tiempo: reconstrucciones, ampliaciones, demoliciones (Fecha de las modificaciones y descripción).

2.1.6. Emplazamiento.

2.1.7. Entorno inmediato o área circundante del inmueble.

2.1.8. Cronología básica.

3. Tradiciones y procesos culturales asociados a la edificación o inmueble

Véase Sección relativa a la Declaratoria de Testimonios y Procesos Culturales.

4. Estado de conservación.

Exposición de los principales problemas de conservación que afectan la edificación o el inmueble. Integridad física en porcentaje (%). Explique. (Condiciones de integridad y factores que amenazan la preservación del sitio como presiones debidas al desarrollo - agricultura, minería, urbanización, obras públicas -, ambientales, desastres naturales, afluencia de visitantes o turistas, densidad demográfica, vandalismo, otros).

5. Potencialidades de bien a declarar.

Impacto social y ambiental derivados de su conservación. Usos propuestos para su recuperación.

6. Valores que motivan la declaratoria y objetivos de conservación, desarrollo y protección por los cuales se propone la declaratoria del bien.

Síntesis de los aspectos que ponen de relieve la importancia del centro poblado, barrio o sector de interés en el marco de la historia nacional, regional y/o local; antigüedad, integridad, singularidad o representatividad, identificación de la comunidad, etc.

7. Marco legal.

7.1. Base legal (Constitución de la República; Tratados Internacionales; Ley de Ordenación del Territorio y de Ordenación del Estado; Leyes Especiales; Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural, otras leyes que apliquen, según el caso, etc.)

7.2. Afectación legal (Figuras legales como ABRAE; Planes de Ordenación Nacional, Regional o Local; Planes Especiales; ordenanzas de zonificación; declaratorias regionales o municipales, etc.).

7.3. Adscripción (Pública, privada, mixta. Indicar la institución u organismos de adscripción).

7.4. Propietario o propietarios (identificación completa, dirección de habitación y trabajo, números de teléfono de habitación y trabajo donde realizar las notificaciones de rigor).

8. Delimitación, descripción y justificación del área a afectar.

8.1. Delimitación y justificación del área a declarar. Exposición de los criterios utilizados para la delimitación propuesta, la cual incluirá el entorno inmediato o área circundante del bien, así como la zona de protección; los criterios abordarán aspectos cualitativos: sociales, culturales y legales; espaciales, geográficos, físico-naturales, ambientales o de infraestructuras.

8.2. Descripción de la poligonal. La descripción de la poligonal debe estar asociada a puntos de coordenadas y relacionada con elementos de carácter sociocultural, legal, físico-natural e infraestructura presentes en el área. La descripción de la poligonal se realizará a partir de accidentes geográficos, infraestructura, rumbos, distancias y puntos de poligonal en coordenadas UTM -Universal Transversa de Mercator-, referida al Datum La Canoa, Huso 19, sobre base cartográfica oficial producida por el Instituto Geográfico de Venezuela "Simón Bolívar", en la escala conveniente. Se deben considerar las referencias al punto Datum SIRGAS-REGVEN elipsoide GRS-80.

8.3. Superficie a afectar en hectáreas.

9. Referencias documentales utilizadas en el estudio.

10. Apoyo gráfico.

10.1. Registro fotográfico. Información fotográfica antigua y actual. Como mínimo diez (10) fotografías a color, de tamaño 5" x 7", que incluyan tomas generales y de los detalles característicos del inmueble). Deben aportarse los negativos.

10.2. Planos y levantamientos.

10.2.1. Ubicación cartográfica relativa, en relación al país, el estado, en el centro poblado, en la manzana, incluyendo el entorno.

10.2.2. Área objeto de declaratoria sobre base cartográfica oficial producida por el Instituto Geográfico de Venezuela "Simón Bolívar" o MINFRA en escala conveniente; El plano se presentará, una vez aprobado por el IPC, en tinta china sobre papel sepia y deberá contar con las leyendas pertinentes, escala, etc. Dicho plano es condición indispensable para la tramitación de la declaratoria ante los organismos correspondientes; se requiere, asimismo, copia de la información en formato digital).

10.2.3. Levantamiento topográfico del sitio referido a las coordenadas UTM y sobre base cartográfica del Instituto Geográfico de Venezuela "Simón Bolívar" y/o del Ministerio de Infraestructura.

10.2.4. Levantamiento planimétrico: plantas, fachadas, cortes y áreas adyacentes.

10.2.5. Indicaciones catastrales del parcelario.

10.2.6. Zonificación urbana vigente.

11. Fotocopia de los siguientes documentos:

11.1. Copia certificada del título de propiedad del edificio o inmueble.

11.2. Tradición legal de la propiedad del edificio o inmueble.

12. Ficha de inventario de la edificación suministrada por el Instituto del Patrimonio Cultural.

Paisajes culturales y jardines históricos

Se entienden por paisajes culturales, los lugares que expresan obras del hombre u obras conjuntas del hombre y la naturaleza que presentan valor desde el punto de vista histórico, estético, etnológico o antropológico. Se reconocen tres tipos básicos de paisajes culturales. El primer tipo se conoce como "paisaje diseñado" o "jardín

histórico"; el segundo, se ha denominado paisaje evolutivo y se subdivide en dos categorías: paisaje reliquia - arqueológico- y paisaje vivo, que es aquel que conserva una función social activa; el tercero es el paisaje asociativo, que se justifica por el carácter evocativo de recuerdos religiosos, artísticos o culturales del elemento natural.

1. Identificación.

- 1.1. Denominación del paisaje diseñado o jardín, localidad o sector en la que se encuentra localizado en paisaje.
- 1.2. Localización político-administrativa (Región, Estado, Municipio, Parroquia, ubicación, centro poblado, dirección).

2. Caracterización y valoración del bien.

Se aspira que esta sección permita caracterizar, valorar y justificar la declaratoria del bien propuesto para declaratoria, así como exponer la base conceptual utilizada para la interpretación realizada para ello. En primer término, se abordarán los aspectos a ser considerados en el caso de paisajes culturales diseñados o jardines históricos y, en segundo término, se abordarán aquellos aspectos relativos a los jardines evolutivos y asociativos.

2.1. Paisajes culturales diseñados o jardines históricos deben ser abordados los siguientes aspectos:

2.1.1. Investigación histórica. Permite establecer los aspectos históricos, estéticos, formales, funcionales y materiales que han conformado el paisaje y la suma de elementos materiales y espirituales que han determinado su aspecto actual imagen.

2.1.2. Composición arquitectónica:

2.1.2.1. Nombre del proyectista, año de construcción, estilo constructivo.

2.1.2.2. Trazado y diferentes perfiles de terreno.

2.1.2.3. Masas vegetales: especies, volúmenes, juegos de colores, distancias, alturas respectivas.

2.1.2.4. Elementos constructivos o decorativos.

2.1.2.5. Aguas en movimiento o en reposo, reflejo del cielo.

2.1.3. Modificaciones sufridas a lo largo del tiempo en cualquiera de sus componentes (reseña gráfica).

2.1.4. Entorno inmediato o área circundante (vinculación con alguna edificación; relación con el entorno urbano o rural).

2.1.5. Cronología básica.

2.2. Paisajes culturales o sitios históricos.

2.2.1. Investigación histórica. Permite establecer los aspectos históricos, estéticos, formales, funcionales y materiales que han conformado, en caso de paisajes reliquia, o conforman el paisaje y la suma de elementos materiales y espirituales que han determinado su aspecto e imagen actual. Así como de los imperativos sociales, económicas, administrativas y/o religiosa que han alcanzado su forma actual por asociación y respuesta a su entorno natural.

2.2.2. Descripción del entorno natural. (Esta sección aplica para los paisajes evolutivos y asociativos).

Comprende la descripción de los siguientes elementos:

2.2.2.1. Configuración topográfica: es la base del paisaje, describe el relieve, la línea del horizonte, la transición tierra-cielo, los accidentes y todo aquello que tiene que ver con las formas.

2.2.2.2. Afloramientos rocosos y suelo desnudo (sin capa vegetal).

2.2.2.3. Vegetación: Constituye un elemento fundamental de todo paisaje. Puede ser silvestre o cultivada.

Siempre es un elemento dinámico, cambiante, pero si es cultivada mucho más. Es un elemento caracterizador de los paisajes. Dada su importancia puede subdividirse en elementos como vegetación arbórea, arbustiva y herbácea.

2.2.2.4. Fauna: Aporta al paisaje facetas variadas, siendo muy importantes los sonidos. El canto de los pájaros o el sonido de algunos insectos, por ejemplo, son elementos muy característicos de algunos paisajes. En este elemento puede incluirse la ganadería extensiva, o los animales como "fauna artificial" introducida por el hombre.

2.2.2.5. Masas de agua: Incluiría el mar, la nieve, lagos, ríos, etc., como elementos naturales embalses, estanques, canales, etc., como elementos artificiales. En cualquier caso, es siempre un elemento a considerar y que caracteriza mucho los paisajes.

2.2.2.6. Núcleos de población: En los paisajes rurales los núcleos de población suelen aparecer como elementos perfectamente distinguibles, pues la mayoría de ellos no son excesivamente grandes. Dentro de estos núcleos de población se suelen distinguir el centro y la corona exterior o zona periurbana. También es posible diferenciar edificios según sus tipologías (tradicional, industrial, ganadera, etc.).

2.2.2.7. Edificación dispersa: Puede tratarse de un solo edificio o un grupo reducido de ellos. En este apartado pueden incluirse también los polígonos industriales y ganaderos si están separados del núcleo de población.

2.2.2.8. Obras lineales: Incluyen carreteras, caminos, vías férreas, líneas eléctricas, tuberías, acequias, cortafuegos, etc.

2.2.2.9. Otros elementos: Torres y elementos de gran altura; excavaciones y vertidos; linderos y divisorias de parcelas; bancales y terrazas.

2.3. Extensión del paisaje cultural. Área o superficie delimitada por su funcionalidad e inteligibilidad; la extensión propuesta debe ser lo suficientemente sustancial como para representar la totalidad del paisaje cultural que ilustra. Puede considerarse la posibilidad de designar largas áreas lineales que representen redes significativas de transporte y de comunicación.

3. Tradiciones y procesos culturales asociados.

En los paisajes culturales asociativos (tercer tipo) esta sección debe ser ampliamente desarrollada toda vez que el paisaje cobra toda la significación que la comunidad le asigne (Véase Sección relativa a la Declaratoria de Testimonios y Procesos Culturales).

4. Estado de conservación.

Exposición de los principales problemas de conservación que afectan la integridad del paisaje. Debe indicarse la integridad física en porcentaje (%). (Condiciones de integridad y factores que amenazan la preservación del sitio como presiones debidas al desarrollo - agricultura, minería, urbanización, obras públicas -, ambientales,

desastres naturales, afluencia de visitantes o turistas, densidad demográfica, vandalismo, otros).

5. Potencialidades de bien a declarar.

Impacto social y ambiental derivados de su conservación. Usos propuestos para su recuperación.

6. Valores que motivan la declaratoria y objetivos de conservación, desarrollo y protección por los cuales se propone la declaratoria del sitio arqueológico.

Síntesis de los aspectos que ponen de relieve la importancia del centro poblado, barrio o sector de interés en el marco de la historia nacional, regional y/o local; antigüedad, integridad, singularidad o representatividad, identificación de la comunidad, etc.

7. Marco legal.

7.1. Base legal (Constitución de la República; Tratados Internacionales; Ley de Ordenación del Territorio, y de Ordenación del Estado; Leyes Especiales; Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural, otras leyes que apliquen, según el caso, etc.)

7.2. Afectación legal (Figuras legales como ABRAE; Planes de Ordenación Nacional, Regional o Local; Planes Especiales; ordenanzas de zonificación; declaratorias regionales o municipales, etc.).

7.3. Adscripción (pública, privada, mixta. Indicar la institución u organismos de adscripción).

7.4. Propietario o propietarios (identificación completa, dirección de habitación y trabajo, números de teléfono de habitación y trabajo donde realizar las notificaciones de rigor).

8. Delimitación, descripción y justificación del área a afectar.

8.1. Delimitación y justificación del área a declarar. Exposición de los criterios utilizados para la delimitación propuesta, la cual incluirá el entorno inmediato o área circundante del bien, así como la zona de protección; los criterios abordarán aspectos cualitativos: sociales, culturales y legales; espaciales, geográficos, físico-naturales, ambientales o de infraestructuras.

8.2. Descripción de la poligonal. La descripción de la poligonal debe estar asociada a puntos de coordenadas y relacionada con elementos de carácter sociocultural, legal, físico-natural e infraestructura presentes en el área. La descripción de la poligonal se realizará a partir de accidentes geográficos, infraestructura, rumbos, distancias y puntos de poligonal en coordenadas UTM -Universal Transversa de Mercator-, referida al Datum La Canoa, Huso 19, sobre base cartográfica oficial producida por el Instituto Geográfico de Venezuela "Simón Bolívar", en la escala conveniente. Se deben considerar las referencias al Punto Datum SIRGAS-REGVEN elipsoide GRS-80.

8.3. Superficie a afectar en hectáreas.

9. Referencias documentales utilizadas en el estudio.

10. Apoyo gráfico.

10.1. Registro fotográfico. Información fotográfica antigua y actual. Como mínimo diez (10) fotografías a color, de tamaño 5" x 7", que incluyan tomas generales y de los detalles característicos del inmueble). Deben aportarse los negativos.

10.2. Planos y levantamientos.

10.2.1. Ubicación cartográfica relativa, en relación al país, el estado, en el centro poblado, en la manzana, incluyendo el entorno.

10.2.2. Área objeto de declaratoria sobre base cartográfica oficial producida por el Instituto Geográfico de Venezuela "Simón Bolívar" o MINFRA en escala conveniente; El plano se presentará, una vez aprobado por el IPC, en tinta china sobre papel sepia y deberá contar con las leyendas pertinentes, escala, etc. Dicho plano es condición indispensable para la tramitación de la declaratoria ante los organismos correspondientes; se requiere, asimismo, copia de la información en formato digital).

10.2.3. Levantamiento topográfico del sitio referido a las coordenadas UTM y sobre base cartográfica del Instituto Geográfico de Venezuela "Simón Bolívar" y/o del Ministerio de Infraestructura.

10.2.4. Levantamiento planimétrico: plantas, fachadas, cortes y áreas adyacentes.

10.2.5. Indicaciones catastrales del parcelario.

10.2.6. Zonificación urbana vigente.

11. Fotocopia de los siguientes documentos:

11.1. Copia certificada del título de propiedad del bien.

11.2. Tradición legal de la propiedad.

12. Ficha de inventario de la edificación suministrada por el Instituto del Patrimonio Cultural.

Estatuaria

Se denominan bienes muebles aquellos objetos amovibles, es decir que pueden ser trasladados de lugar. En este caso, la Guía se refiere a la estatuaria.

1. Identificación.

1.1. Denominación (Título de la obra).

1.2. Localización político-administrativa (Región, Estado, Municipio, Parroquia, Ubicación, centro poblado, sector, calle y número).

2. Caracterización y valoración del bien.

Se aspira que esta sección permita caracterizar, valorar y justificar la declaratoria del bien propuesto para declaratoria, así como exponer la base conceptual utilizada para la interpretación realizada para ello. Deben ser abordados los siguientes aspectos:

2.1. Investigación histórico-artística. Permite establecer los aspectos históricos, estéticos, formales, funcionales y materiales del bien y la suma de elementos materiales y espirituales que han determinado su aspecto actual imagen. Se abordarán los siguientes aspectos:

2.2. Marco histórico.

2.3. Descripción.

2.3.1. Nombre del autor, en caso de conocerlo.

2.3.2. Fecha de realización.

2.3.3. Estilo o estilos representados.

2.3.4. Materiales empleados.

2.3.5. Uso original y evolución de los usos.

2.4. Entorno inmediato o área circundante del inmueble. Emplazamiento.

2.5. Cronología básica.

3. Tradiciones y procesos culturales asociados al bien

Véase Sección relativa a la Declaratoria de Testimonios y Procesos Culturales.

4. Estado de conservación.

Exposición de los principales problemas de conservación que afectan al bien. Autenticidad. Integridad física en porcentaje.

5. Potencialidades del bien a declarar.

Impacto social y ambiental derivados de su conservación. Usos propuestos para su recuperación.

6. Valores que motivan la declaratoria y objetivos de conservación, desarrollo y protección, por los cuales se propone la declaratoria del bien.

7. Marco legal.

7.1. Base legal (Constitución de la República; Tratados Internacionales; Ley de Ordenación del Territorio, y de Ordenación del Estado; Leyes Especiales; Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural, otras leyes que apliquen, según el caso, etc.)

7.2. Afectación legal (Figuras legales como ABRAE; Planes de Ordenación Nacional, Regional o Local; Planes Especiales; ordenanzas de zonificación; declaratorias regionales o municipales, etc.).

7.3. Adscripción (Pública, privada, mixta. Indicar la institución u organismos de adscripción).

7.4. Propietario o propietarios (identificación completa, dirección de habitación y trabajo, números de teléfono de habitación y trabajo donde realizar las notificaciones de rigor);

8. Delimitación, descripción y justificación del área a afectar.

8.1. Delimitación y justificación del área a declarar. Exposición de los criterios utilizados para la delimitación propuesta, la cual incluirá el entorno inmediato o área circundante del bien, así como la zona de protección; los criterios abordarán aspectos cualitativos: sociales, culturales y legales; espaciales, geográficos, físico-naturales, ambientales o de infraestructuras.

8.2. Descripción de la poligonal. La descripción de la poligonal debe estar asociada a puntos de coordenadas y relacionada con elementos de carácter sociocultural, legal, físico-natural e infraestructura presentes en el área. La descripción de la poligonal se realizará a partir de accidentes geográficos, infraestructura, rumbos, distancias y puntos de poligonal en coordenadas UTM -Universal Transversa de Mercator-, referida al Datum La Canoa, Huso 19, sobre base cartográfica oficial producida por el Instituto Geográfico de Venezuela "Simón Bolívar", en la escala conveniente. Se deben considerar las referencias al Punto Datum SIRGAS-REGVEN elipsoide GRS-80.

8.3. Superficie a afectar en hectáreas.

9. Referencias documentales utilizadas en el estudio.

10. Apoyos gráficos.

10.1. Registro fotográfico. Información fotográfica antigua y actual. Como mínimo diez (10) fotografías a color, de tamaño 5" x 7", que incluyan tomas generales y de los detalles característicos del bien). Deben aportarse los negativos.

10.2. Planos y levantamientos.

10.2.1. Ubicación cartográfica relativa, en relación al país, el estado, en el centro poblado, en la manzana, incluyendo el entorno.

10.2.2. Área objeto de declaratoria sobre base cartográfica oficial producida por el Instituto Geográfico de Venezuela "Simón Bolívar" o MINFRA en escala conveniente; El plano se presentará, una vez aprobado por el IPC, en tinta china sobre papel sepia y deberá contar con las leyendas pertinentes, escala, etc. Dicho plano es condición indispensable para la tramitación de la declaratoria ante los organismos correspondientes; se requiere, asimismo, copia de la información en formato digital).

10.2.3. Levantamiento topográfico del sitio referido a las coordenadas UTM y sobre base cartográfica del Instituto Geográfico de Venezuela "Simón Bolívar" y/o del Ministerio de Infraestructura.

10.2.4. Levantamiento planimétrico: plantas, fachadas, cortes y áreas adyacentes.

10.2.5. Indicaciones catastrales del parcelario.

10.2.6. Zonificación urbana vigente.

11. Fotocopia de los siguientes documentos:

- 11.1. Copia certificada del título de propiedad del edificios o inmueble.
- 11.2. Tradición legal de la propiedad del edificio o inmueble.

12. Ficha de Inventario del Instituto del Patrimonio Cultural suministrada por el Instituto del Patrimonio Cultural.

Colecciones

Este instrumento tiene el objetivo de evaluar (caracterizar y valorar) una o varias colecciones propuestas para declaratoria. Esta evaluación debe ser complementada con la evaluación de la institución o persona que posee o custodia la colección bajo estudio, con el fin de determinar si procede la declaratoria del contenido - colección -, así como del continente -museo o repositorio.

1. Identificación de la(s) colección(es).

- 1.1. Denominación.
- 1.2. Localización político-administrativa (Región, Estado, Municipio, Parroquia, Ubicación, centro poblado, sector, calle y número).

2. Caracterización y valoración.

Se aspira que esta sección permita caracterizar, valorar y sustentar la declaratoria del bien objeto de la declaratoria, así como exponer la base conceptual utilizada para interpretar el bien objeto de la misma. Deben ser abordados los siguientes puntos:

- 2.1. Investigación histórica. Permite establecer la naturaleza e importancia histórica de la colección o colecciones bajo estudio. Se requiere describir los principales elementos que han conformado la colección, como son:
 - 2.1.1. Origen de la colección. Autor, fecha, forma y objetivos de constitución de la colección.
 - 2.1.2. Composición de la colección. Homogeneidad y/o heterogeneidad de la colección. Características de los Subconjuntos que la integran.
 - 2.1.3. Evolución y transformaciones sufridas por la colección.
 - 2.1.4. Funciones desarrolladas a lo largo del tiempo.
- 2.2. Evaluación de la calidad científica de la colección.
 - 2.2.1. Sistemas de registro, inventario y catalogación de la colección. Tipo(s) de sistema(s) aplicado(s) y continuidad en la aplicación de los mismos.
 - 2.2.2. Proyectos de investigación realizados a partir de la colección.
 - 2.2.3. Publicaciones realizadas a partir de la colección.
 - 2.2.4. Facilidades que ofrece a la investigación
- 2.3. Evaluación del uso didáctico de la colección.
 - 2.3.1. Colección expuesta y colección en depósito (porcentaje).
 - 2.3.2. Programación expositiva: Exposición permanentes, temporales e itinerantes realizadas (Fecha, lugar y título de la exposición; catálogos y/o apoyos didácticos).
 - 2.3.3. Exposiciones nacionales e internaciones en las que ha participado parte o toda la colección (Fecha, lugar y título de la exposición; presencia de catálogo o apoyos).

3. Repositorio o continente

Véase Edificación.

4. Estado de conservación de la(s) colección(es).

Políticas de conservación preventiva y disponibilidad e equipos de control de variables ambientales. Nivel de formación profesional del personal encargado de las actividades de conservación. Exposición de los principales problemas de conservación que afectan de la(s) colección(es).

5. Potencialidades de la(s) colección(es).

Proyección e impacto social.

6. Valores que motivan la declaratoria y objetivos de conservación, desarrollo y protección por los cuales se propone la declaratoria de la(s) colección(es).

Síntesis de los aspectos que ponen de relieve la Importancia de la(s) colección(es), etc.

7. Marco legal.

- 7.1. Base legal (Constitución de la República; Tratados Internacionales; Ley de Ordenación del Territorio, y de Ordenación del Estado; Leyes Especiales; Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural, otras leyes que apliquen, según el caso, etc.)
- 7.2. Afectación legal: (Figuras legales como ABRAE; Planes de Ordenación Nacional, Regional o Local; Planes Especiales; ordenanzas de zonificación; declaratorias regionales o municipales, etc.).
- 7.3. Propietario o propietarios (Identificación completa, dirección donde realizar las notificaciones de rigor);
- 7.4. Adscripción. (Pública, privada, mixta - Institución u organismo de adscripción).

8. Descripción de la colección y del sitio en el que se localiza

9. Referencias documentales utilizadas en el estudio.

10. Apoyos gráficos.

- 10.1. Registro fotográfico. Información fotográfica de los objetos más emblemáticos de la colección. Como mínimo veinte (20) fotografías a color, de tamaño 5" x 7", que incluyan tomas generales y de los detalles característicos del bien). Deben aportarse los negativos.
- 10.2. Planos y levantamientos. Ubicación cartográfica relativa del repositorio, en relación al país, el estado, en el centro poblado, en la manzana, incluyendo el entorno.

11. Fotocopia de los siguientes documentos:

- 11.1. Certificación de la relación de propiedad con los objetos que integran la colección. la propiedad de la colección.
- 11.2. Documentos que acreditan la relación de propiedad o posesión del repositorio -inmueble- de la colección.
- 11.3. Certificación de gravámenes del edificio o inmueble.

12. Ficha de Inventario suministrada por el Instituto del Patrimonio Cultural.

Testimonios y procesos culturales

1. Identificación del testimonio o proceso.

- 1.1. Denominación del testimonio o proceso. Se deberá colocar el nombre o los nombres con que se designa el testimonio/proceso a declarar. En caso de que el bien considerado provenga de sociedades indígenas; de sociedades cuya lengua haya recibido fuerte influencia de idiomas foráneos; o de comunidades provenientes del exterior del país, deberá colocarse también el nombre que tal bien recibe en la lengua de origen del grupo en cuestión.
- 1.2. Localización político-administrativa (Región, Estado, Municipio, Parroquia, ubicación cartográfica, centro poblado, sector, calle y número).
- 1.3. Comunidad concernida: Nombre de la comunidad o de la cofradía, hermandad, u otra organización que soporta el testimonio o proceso.

2. Caracterización y valoración.

- Se aspira que esta sección permita caracterizar, valorar y sustentar la declaratoria del testimonio o proceso propuesto para declaratoria, así como exponer la base conceptual utilizada para interpretar el bien objeto de la misma. Dentro de la caracterización deberá especificarse el tipo de testimonio o proceso, entre otros: Atavíos - vestimenta; creación artística; culinaria - gastronomía; fiesta - ceremonia - comportamientos - rituales; instituciones sociales; juegos - actividades lúdicas; lengua y habla; salud - enfermedad - curación; creencias; tecnología - manufactura - procesos productivos. Deben ser abordados los siguientes puntos:
- 2.1. Investigación histórico-antropológica. Permite determinar el origen o génesis histórica del bien (prehispánico; colonial; independencia, Gran Colombia; República independiente); el contexto étnico de origen del testimonio o proceso de la manifestación destacando la filiación cultural del bien considerado considerando el origen de la manifestación étnica genérica (afro-venezolano, euro-venezolano, indígena, otro).
- 2.2. Etapas del testimonio/proceso y ubicación en el ciclo anual: Se deberán enunciar las secuencias, fechas y lapsos en las que se desarrolló el bien cultural considerado. Se contemplan en este campo, los momentos de organización y realización del testimonio/proceso, explicando, en los casos en que lo ameriten, los plazos en meses, semanas o días en que se inicia y culmina cada uno de ellos. Si la manifestación se realiza atendiendo los ciclos del calendario litúrgico deberá indicarse a cual periodo y/o celebración corresponde.
- 2.3. Descripción. Se deberá describir, en forma detallada, el desarrollo y las características del bien cultural considerado en el momento de su realización, señalando los actos, integrantes, instrumentos o herramientas utilizadas y desplazamientos realizados en el espacio. Se caracterizará el testimonio/proceso sin calificar ninguno de sus rasgos o componentes.
- 2.4. Organización y sustento del testimonio/proceso: Se deberán identificar asociaciones, cofradías o cualesquiera otra entidad o agrupación que apoye la preparación, ocurrencia o permanencia del testimonio/proceso.

3. Valores que motivan la declaratoria y objetivos de conservación, desarrollo y protección por los cuales se propone la declaratoria.

Síntesis de los aspectos que ponen de relieve la Importancia del testimonio o proceso.

4. Información legal.

- 4.1. Afectación legal del espacio cultural descrito (Superposición de ABRAE; Planes de Ordenación Nacional, Regional o Local; Planes Especiales; información de catastro; ordenanzas de zonificación; declaratorias regionales o municipales, etc.).
- 4.2. Políticas culturales asociadas. Subsidios gubernamentales y otros respaldos institucionales.
- 4.3. Acta constitutiva, estatutos o cualquier otra normativa de funcionamiento interno de la organización concernida.
- 4.4. Documento de registro de patente, derechos de autor, propiedad intelectual o industrial del testimonio o proceso a declarar (en los casos en que se amerite).

5. Referencias documentales básicas.

6. Apoyos gráficos.

- 6.1. Registro fotográfico. Información fotográfica antigua y actual. Como mínimo diez (10) fotografías a color, de tamaño 5" x 7", que incluyan tomas generales y de los detalles característicos del bien). Deben aportarse los negativos.
- 6.2. Registro sonoro o audiovisual en el caso de que el testimonio o proceso cultural se requiera de su evaluación auditiva.
- 6.3. Planos y levantamientos de los elementos de arquitectura tradicional relacionados con el testimonio o proceso (plantas, fachadas, cortes y áreas adyacentes).
- 6.4. Delimitación espacial. Se requerirá la expresión sobre plano del espacio cultural involucrado en la manifestación del testimonio o proceso cultural. De ser pertinente, la afectación, el área objeto de declaratoria se presentará sobre base cartográfica oficial producida por el Instituto Geográfico de Venezuela "Simón Bolívar" o MINFRA en escala conveniente; El plano se presentará, una vez aprobado por el IPC, en tinta china sobre papel sepia y deberá contar con las leyendas pertinentes, escala, etc. Dicho plano es condición indispensable para la tramitación de la declaratoria ante los organismos correspondientes; se requiere, asimismo, copia de la información en formato digital).
- 6.5. Levantamiento planimétrico:

7. Fotocopia de los siguientes documentos.

- 7.1. Acta constitutiva de la(s) organizaciones(s) concernidas.
- 7.2. Anuencia de la comunidad concernida.
- 7.3. Registro de patente, derechos de autor, etc.

8. Ficha de Inventario del Instituto del Patrimonio Cultural para el registro de Testimonios y Procesos Culturales.

Procedimiento interno

A continuación se describe (en forma sucinta) el procedimiento a cumplir paso a paso:

1. Presidencia Instituto del Patrimonio Cultural: Recepción de la solicitud dirigida al Presidente del Instituto del Patrimonio Cultural; registro en Secretaría de la Presidencia y remisión a Coordinación de Declaratorias.
2. Coordinación de Declaratorias:
 - 2.1. Verificación de la propiedad de los datos y requisitos aportados por el solicitante
 - 2.2. En caso de que faltar información se notificará al solicitante por escrito.
3. Coordinación de Declaratorias: Introducción de la información de la solicitud en la base de datos.
4. Coordinación de Declaratorias: Remisión de la solicitud al área técnica para la evaluación de la procedencia de la solicitud.
5. Áreas técnicas del IPC con competencia en el caso / Coordinación de Declaratorias:
 - 5.1. Determinar si el bien puede ser declarado patrimonio cultural de la República por el IPC y si, por lo tanto, se justifica, la realización del estudio técnico.
 - 5.2. Elaboración de los Términos de Referencia y contratación de los consultores.
 - 5.3. Validación del estudio técnico.
 - 5.4. Elaboración del Instrumento legal.
6. Coordinación de Declaratorias: Envío de la documentación ante Consultoría Jurídica.
7. Consultoría Jurídica: Verificación de los documentos y envío de la documentación a los organismos verificadores y una vez aprobado, procesar la firma por la Presidencia del Instituto del Patrimonio Cultural y remisión ante la Consultoría Jurídica del organismo de adscripción para su publicación en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela.

Requisitos para la solicitud de Declaratoria

Carta de solicitud Formulario para la solicitud de Declaratoria.

Modelo de carta para la solicitud de Declaratoria

Ciudad, de de

CIUDADANO
Arq. José Manuel Rodríguez, Presidente
INSTITUTO DEL PATRIMONIO CULTURAL
Ave. Principal de Caño Amarillo, Villa Santa Inés
Caracas 1010
Fax: 0212 - 482.96.95

Tengo el agrado de dirigirme a usted en ocasión de solicitar la declaratoria de: (Denominación del bien) como BIEN DE INTERÉS CULTURAL DE LA REPÚBLICA, a los efectos de su protección, conservación y revalorización. Esta solicitud se realiza con el respaldo de: comunidad concernida / organización comunitaria / Alcaldía / Gobernación / otra institución o persona dispuestos a contribuir a la conservación del bien. A los efectos de su evaluación preliminar se anexa MODELO DE SOLICITUD DE DECLARATORIA, aspirando que la información allí contenida pueda ser de utilidad para realizar la determinación de la procedencia de la presente solicitud.

Atentamente,

Nombre del solicitante - Cédula de Identidad

Formulario para la solicitud de Declaratoria

1. Nombre del solicitante:
 2. Dirección y teléfono donde dirigir las comunicaciones:
 3. Fecha de la solicitud:
 4. Denominación del bien:
 5. Propietario (institución o persona):
 6. Ubicación geográfica y cartográfica (anexar plano oficial cartografía o MINFRA):
 7. Descripción, caracterización y méritos o valores que posee el bien:
 8. Estado de conservación del bien:
 9. Potencialidades / beneficios que representa la conservación del bien (Impacto social y/o económico):
 10. Institución / persona responsable de la conservación del bien en el futuro:
 11. Fotografías.
 12. Fotocopia de la cédula de identidad del solicitante o representante legal del solicitante.
-

ANEXO C.

INFORME SOBRE EL ESTADO DE LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL INMATERIAL EN EL BRASIL

Texto recopilado por Marcia Sant'Anna,
Diretora del Departamento del
Patrimonio Imaterial, Instituto del
Patrimonio Histórico y Artístico
Nacional (Iphan) en base al material
producido por la institución a partir del
año 2000

TABLA DE CONTENIDOS

1. Nota Previa
2. Estructuras Institucionales
3. Legislación Vigente
4. Las Primeras Experiencias de Registro y los Inventarios de Bienes Culturales de Naturaleza Inmaterial
5. Salvaguardia y Sustentabilidad
6. Ratificación de la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial

Nota Previa

Este texto informa resumidamente sobre las estructuras institucionales, sobre la legislación de preservación del patrimonio cultural inmaterial y sobre los instrumentos disponibles para inventario, registro y valorización de este patrimonio, existentes en el Brasil.

Informa todavía sobre las medidas de salvaguarda que vienen siendo adoptadas por el gobierno brasileiro, y da una rápida noticia sobre el estado en que se encuentra el proceso de ratificación de la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial en el país.

Con todo, para que esa organización institucional y legal sea mejor comprendida, es necesario hacer una breve digresión sobre las iniciativas de salvaguarda de los aspectos inmateriales del patrimonio cultural que marcaron nuestra historia, así como proporcionar algunas informaciones sobre la organización político-administrativa del Brasil.

El reconocimiento del papel de las expresiones de la cultura popular en la formación de la identidad brasileira remonta a los años de 1930 y hace parte del contexto de creación del Instituto Histórico y Artístico Nacional – primera institución gubernamental del país dirigida a la protección del patrimonio cultural. La preservación de bienes culturales de naturaleza inmaterial ya estaba prevista en el anteproyecto que dio origen a esa institución, el cual fue elaborado en 1936 por el poeta modernista Mario de Andrade, uno de los intelectuales responsables para su fundación. En una

visión retrospectiva, se puede afirmar que los primeros registros de bienes naturales de naturaleza inmaterial fueron realizados en aquel periodo, durante las expediciones de Mario de Andrade al Nordeste brasileiro, ocasión en que valioso material audiovisual sobre danzas y ritmos populares de la región fue recolectado. Este acervo del poeta se encuentra, actualmente, bajo la guardia de la Discoteca Oneyda Alvarenga, en Sao Paulo, institución que mantiene y preserva importantes registros fonográficos y visuales de expresiones de la cultura popular del país.

En los últimos 60 años, la preocupación con la documentación de tradiciones populares, no estuvo, sin embargo, ligada apenas a las instituciones de preservación del patrimonio. Otros organismos también se inclinaron sobre el asunto, entre los cuales se destaca la Comisión Nacional del Folklore, creada en 1947, institución que desde entonces, realiza importante trabajo de conservación, promoción y difusión de nuestra cultura popular y desarrolla acciones de apoyo a las condiciones de existencia de sus manifestaciones. Más tarde transformada en Centro Nacional de Folklore y Cultura Popular, la institución se encuentra, actualmente, vinculada al Iphan.

En el campo de la preservación del patrimonio, cabe todavía destacar, en ese breve histórico, el antiguo Centro Nacional de Referencia Cultural y la Fundación Nacional Pro-Memoria, ambos creados en los años de 1970 y extintos en 1990. Por medio de esas instituciones fueron implementadas acciones experimentales de registro de expresiones culturales inmateriales que propiciaron el desenvolvimiento de importantes reflexiones sobre el

tema, así como la consolidación de una noción más amplia de patrimonio cultural. Esta noción es la que se encuentra expresa en los siguientes artículos de la Constitución Federal promulgada en 1988:

Art. 215. El Estado garantizará a todos el pleno ejercicio de los derechos culturales y acceso a las fuentes de la cultura nacional, y apoyará e incentivará la valorización y difusión de las manifestaciones culturales.

Párrafo 1º El Estado protegerá las manifestaciones de las culturas populares, indígenas y afro-brasileras, y las de otros grupos participantes del proceso de civilización nacional.

Art. 216. Constituyen patrimonio cultural brasileiro los bienes de naturaleza natural material e inmaterial, tomados individualmente o en conjunto, portadores de referencia a la identidad, a la acción, a la memoria de los diferentes grupos formadores de la sociedad brasileira, en las cuales se incluyen:

I – las formas de expresión;

II – los modos de crear, hacer y vivir,

III – las creaciones científicas, artísticas y tecnológicas;

IV – las obras, objetos, documentos, identificaciones y demás espacios destinados a las manifestaciones artísticas culturales;

V – los conjuntos urbanos y sitios de valor histórico, paisajístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico y científico.

Párrafo 1º El Poder Público, con la colaboración de la comunidad, promoverá y protegerá el patrimonio cultural brasileiro, por medio de inventarios, registros, vigilancia, tumbamiento y desapropiamiento, y de otras formas de prevención y preservación.

En noviembre de 1997, retomando entonces una discusión que hace parte de su historia, el Iphan promovió un seminario internacional en la ciudad de Fortaleza, en Ceará, con el objetivo de discutir estrategias y formas de protección al patrimonio cultural inmaterial. En el evento fueron presentadas y discutidas experiencias brasileras e internacionales de rescate y valorización de ese patrimonio, bien como instrumentos legales y medidas administrativas dirigidas a la preservación de bienes culturales de naturaleza inmaterial. Este seminario produjo como documento final la Carta de Fortaleza, que recomendó, entre otras providencias, el desarrollo de estudios para la creación de instrumento legal que instituyese el "registro" como el principal modo de preservación del patrimonio cultural inmaterial. Atendiendo a esas recomendaciones, el Ministerio de la Cultura creó en marzo de 1998, una Comisión y un Grupo de Trabajo con el objetivo de elaborar propuesta de mecanismo legal para la “prevención” del patrimonio cultural inmaterial. Como resultado de ese trabajo, la promulgación del Decreto nº 3.551, en 04 de agosto del 2000, instituyó el Registro de los bienes de naturaleza inmaterial y creó el Programa Nacional del Patrimonio Inmaterial.

Estructuras institucionales

En consecuencia de una estructura política federativa, el Brasil posee organismos de preservación del patrimonio cultural en todas las esferas del poder público, o sea, en los niveles federal, estatal y municipal. Además del Iphan, que es una institución del gobierno central, todos los estados de la

federación poseen institutos, fundaciones o consejos de preservación, normalmente vinculados a las Secretarías de Estado de la Cultura. En el nivel municipal, la implantación de esas estructuras está siendo creciente, especialmente a partir de la década de 1980. Actualmente, en todas las ciudades capitales, estructuras municipales de preservación están en funcionamiento, lo que ocurre también en gran parte de las ciudades medias del país.

Sin embargo, en los planos estadual y municipal, salvo en algunas excepciones mencionadas mas adelante, el trabajo dirigido a la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial todavía es incipiente y carente de organismos específicos. Así, la principal estructura institucional dirigida a la preservación del patrimonio cultural inmaterial se encuentra en la esfera federal, en el ámbito del Ministerio de la Cultura. Es el recién creado Departamento del Patrimonio Cultural Inmaterial del Iphan, al cual también está afecto el ya mencionado Centro Nacional de Folklore y Cultura Popular.

El departamento del Patrimonio Inmaterial – DPI, creado por el Decreto nº 5.040, de 7 de abril del 2004,¹⁸⁸ se organiza según líneas de acción que llevan en cuenta la diversidad cultural y las dimensiones territoriales del Brasil. Componen una Gerencia de Identificación responsable por las acciones de mapeado, inventario y documentación de referencias culturales; una Gerencia de Registro, para evaluación,

¹⁸⁸ El Departamento del Patrimonio Inmaterial substituyó el antiguo Departamento Del Patrimonio Inmaterial y Documentación de Bienes Culturales, creado por un Decreto nº 4811, del 19 de agosto del 2003.

coordinación y supervisión de las propuestas de Registro de bienes culturales inmateriales; y una Gerencia de Promoción y Fomento, destinada a la elaboración e implementación de los planos de acción necesarios a apoyar la continuidad, la transmisión y la mejora de las condiciones de existencia y reproducción de bienes inventariados y registrados. Además de esos sectores, el departamento cuenta aún con el Comité Gestor del Programa Nacional del Patrimonio Inmaterial, destinada a la captación de recursos y sociedades para acciones de inventario, registro y salvaguardia, así como al fomento de proyectos especiales, la promoción de eventos y al intercambio de experiencias relacionadas a la preservación del patrimonio cultural inmaterial.

El respeto a la diversidad cultural de Brasil y la valorización de la diferencia son los principios orientadores de la actuación del DPI, cuya acción se basa todavía en las demás directrices que orientan la política de preservación del Iphan.

Estas están dirigidas a la ampliación del foco de la protección conferida por el Estado al patrimonio brasileiro, para la valorización del patrimonio protegido con vistas a su preservación y mejor inserción en la vida cotidiana y para la ampliación del acceso al patrimonio cultural como derecho de ciudadanía y base para el desenvolvimiento sustentable del país.

Considerando el vasto territorio nacional , las directrices arriba mencionadas el hecho de que una política consistente de salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial depende de un conocimiento mas amplio de

ese universo , y de la adecuación del instrumental técnico y conceptual disponible a las varias realidades sociales y culturales existentes en el país , el Departamento del Patrimonio Inmaterial dio prioridad , para el bienio 2004/2005 , la realización de inventarios de referencias culturales en áreas ocupadas por comunidades tradicionales, indígenas o afro-descendientes, en núcleos urbanos declarados patrimonio nacional y en mega-ciudades que abrigan situaciones de multiculturalismo. En la ejecución de esa política de referencia , el departamento cuenta con las 21 unidades descentralizadas del Iphan localizadas en casi todos los estados del país, con apoyo de socios gubernamentales y no gubernamentales y con la colaboración del Centro Nacional del Folklore y Cultura Popular – CNFCP, con sede en Rio de Janeiro .

Creado en 1958, el CNFCP es una referencia para las políticas relacionadas a la salvaguardia de lo que hoy denominamos patrimonio inmaterial. Actuando, en ámbito nacional, en las áreas de investigación, documentación, difusión y defensa del folklore y de las culturas populares, el centro mantiene una biblioteca con cerca de 200 mil documentos, vasto acervo de filmes, registros sonoros y fotografías; el Museo del Folklore Edson Carneiro; la Galería Mestre Vitalino y la Sala del Artista Popular, espacios donde son expuestas obras de arte popular y artesanía, así como los resultados de investigaciones emprendidas. El centro mantiene todavía un Programa de Apoyo a Comunidades Artesanales con actuación directa en 25 municipios y realiza actividades educativas, de difusión cultural y de intercambio.

Legislación vigente

El decreto nº 3.551/00 instituyó el registro como una forma de reconocimiento de aquellas expresiones de naturaleza inmaterial que son parte integrante del patrimonio cultural brasileiro, como un modo de buscar su valorización y de establecer el compromiso del Estado en documentar , producir conocimiento y apoyar su continuidad . En la medida en que constituyen procesos culturales dinámicos, esas manifestaciones remiten a una concepción de preservación que no puede ser fundada en los conceptos de permanencia y de autenticidad normalmente utilizados en el campo de la preservación del patrimonio cultural. Los bienes culturales de naturaleza inmaterial poseen una dinámica de desarrollo y transformación que no cabe en esos conceptos, lo que torna necesario sustituir esas nociones por la idea de continuidad histórica. Por esa razón, el registro es siempre el retrato de un momento y debe ser reestablecido periódicamente, a fin de que se pueda acompañar las adaptaciones o transformaciones que el proceso cultural opera en esas manifestaciones. Este re-examen también es importante para el monitoreo y la evaluación de los impactos generados por la declaración de esos bienes como patrimonio cultural del país. Para esas cuestiones, el Decreto nº 3.551/00 determina que el Registro de un bien cultural inmaterial sea reestablecido, en el máximo a cada 10 años.

Las propuestas de registro deben ser siempre colectivas y normalmente, parten de la propia sociedad. Una vez recibidas por el Iphan son evaluadas en carácter preliminar y, juzgadas procedentes, son encaminadas para instrucción. La instrucción de los procesos de Registro

puede ser hecha por unidades del Iphan o del Ministerio de la Cultura, por los propios proponentes o por instituciones gubernamentales o no gubernamentales que tengan conocimiento específico sobre la materia. La intención es agilizar procesos burocráticos y administrativos y posibilitar la participación de las comunidades y de los interesados en la preservación y salvaguardia de los bienes que consideran parte de su patrimonio cultural.

El conocimiento producido durante el proceso de Registro es lo que permite identificar, de modo bastante preciso, las formas mas adecuadas de apoyo a la continuidad del bien en examen. Esas formas de apoyo pueden ir desde la ayuda financiera a detentadores de saber específicos con vistas a su transmisión, hasta, por ejemplo, la organización comunitaria o la facilitación de acceso a materias primas. Esas acciones son desenvueltas en el ámbito del ya mencionado Programa Nacional del Patrimonio Inmaterial, también creado por el Decreto nº 3.551/00.

Los bienes cuyo Registro sea considerado pertinente por el Consejo Consultivo del Iphan son inscritos en libros denominados , respectivamente , “Livro de Registros dos Saberes” – para la inscripción de conocimientos y modos de hacer tradicionales ; de las Celebraciones – para las fiestas, rituales y juegos ; de las Formas de Expresión – para la inscripción de manifestaciones literarias, musicales , plásticas , escénicas y lúdicas , y el “Livro de Registros dos Lugares” – para espacios donde se concentran y reproducen prácticas culturales colectivas .

Además del Decreto nº 3.551/00 , el sistema de salvaguardia del patrimonio cultural brasileiro cuenta todavía con la ley nº 8.313 , de 1991 , que instituyó el Programa Nacional de Apoyo a la Cultura – Pronac . Los objetivos de ese programa son captar y canalizar recursos para facilitar y democratizar el acceso a las fuentes de la cultura, estimular la regionalización de la producción cultural y preservar bienes culturales materiales e inmateriales. La ley instituye todavía dos mecanismos de financiamiento complementarios : el Fondo Nacional de la Cultura – instrumento de fomento a fondo perdido , constituido de recursos del Tesoro Nacional – y el Incentivo a Proyectos Culturales o Mecenazgo – mecanismo mixto que opera con recursos provenientes de renuncia fiscal y de contrapartida privada. Por medio de esos instrumentos, proyectos culturales institucionales y privados están siendo viabilizados, inclusive en lo que dice respecto a investigaciones, inventarios, registros y eventos relacionados a la divulgación y promoción del patrimonio cultural inmaterial.

Los instrumentos legales existentes en el plano federal vienen inspirando otras unidades de la federación a adoptar mecanismos semejantes o complementarios. Aunque la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial sea una práctica todavía muy nueva en el país, algunos estados brasileiros como Bahía, Ceará , Espírito Santo, Minas Gerais , Pernambuco y el Distrito Federal ya promulgaron leyes inspiradas en el Decreto nº 3.551/00 o en el Sistema de Tesoros Humanos Vivos de la Unesco . Se espera poco a poco, la acción del gobierno central sea tomada como ejemplo por los demás estados, de modo a que se pueda tener en el

país un sistema que congregue, de hecho, las esferas federal, estadual y municipal en la tarea de identificación, reconocimiento y salvaguardia de nuestro patrimonio cultural inmaterial.

Las primeras experiencias de Registro y los inventarios de bienes culturales de naturaleza inmaterial.

En el plano federal, hasta el momento fueron registrados y declarados Patrimonio Cultural del Brasil seis bienes : el Oficio de las” Paneleiras” (olleras) del distrito de Goiabeiras , en el estado de Espírito Santo; al Arte Kusiwa , o pintura corporal y arte gráfica de los indios Wajapi , en Amapá ; el Samba de Roda en el Recôncavo Baiano ; el Cirio de Nazaré , celebración religiosa de Belém del Pará ; el modo de hacer Viola de Cocho , en los estados de Matto Grosso y Matto Grosso del Sur ; y el Oficio de Baiana de Acarajé , en la ciudad de Salvador de la Bahía. El Arte Kusiwa , inscrito en el Libro de Registro de las Formas de Expresión , fué en el 2003 , declarada por la Unesco Obra – Prima del Patrimonio Cultural Oral e inmaterial de la Humanidad . Actualmente se encuentran, en instrucción más 15 procesos de Registro.

Paralelamente a los estudios que culminarán en la promulgación del Decreto nº 3.551/00, el Iphan invirtió también en la elaboración de una metodología de inventario que fuese adecuada a la naturaleza de los bienes culturales inmateriales. El Inventario Nacional de Referencias Culturales – INRC , que investiga los diversos dominios de la vida social que constituyen marcos o referencias de identidad para determinado grupo

social se estructura en consonancia con las categorías que describen según el Decreto nº 3.551/00 , el universo del patrimonio cultural inmaterial . Además de esas categorías, son también inventariadas edificaciones asociadas a ciertos usos, la significación histórica y la imagen que se tiene de ciertos lugares, independientemente de su calidad arquitectónica o artística.

En el ámbito del INRC, las Celebraciones son definidas como "ocasiones diferenciadas de sociabilidad compuestas por actividades que participan fuertemente de la producción de sentidos específicos de *lugar* y de *territorio*, en las cuales se incluyen los principales ritos y festividades asociadas a religiosidad, a civilidad y a los ciclos del calendario " Las Formas de Expresión corresponden a "todas las formas no -lingüísticas de comunicación asociadas a determinado grupo social o región , realizadas por actores sociales reconocidos por la comunidad , en relación a las cuales la costumbre define normas , expectativas y patrones de calidad " . Los Oficios y Modos de Hacer, son a su vez, " todas las actividades desarrolladas por actores sociales reconocidos como conocedores de técnicas y de materias-primas que identifican un grupo social o una localidad " Esta categoría se refiere a los conocimientos tradicionales asociados a la producción de objetos y/o a la prestación de servicios que tengan sentidos prácticos o rituales. Por fin, los lugares son los " espacios físicos que poseen sentido cultural diferenciado para la población local, y que son apropiados por prácticas y actividades de naturaleza variadas, tanto cotidianas como excepcionales, vernáculos u oficiales" Los lugares pueden ser también conceptuados como *puntos focales* de la vida social de una localidad. La delimitación del área del inventario es función de las

referencias culturales presentes en un determinado territorio o proviene de una determinada configuración socio-espacial. Así, las áreas a ser inventariadas pueden ser reconocidas en diferentes escalas, o sea, pueden corresponder a una villa, a un barrio, a una zona o grupo urbano, a una región geográfica culturalmente diferenciada o aún a áreas que abarcan un conjunto de segmentos territoriales.

En cuanto método o Inventario Nacional de Referencias Culturales prevé tres niveles sucesivos de abordaje. En el Levantamiento Preliminar, se define el área a ser inventariada, se realiza la subdivisión en localidades, se reúne y sistematiza informaciones disponibles. Esta etapa corresponde a la investigación en fuentes secundarias y en documentos oficiales, entrevistas con la población y contactos con instituciones, de modo a obtener un mapeado general de los bienes existentes en un determinado territorio y la selección de los que serán identificados en la fase siguiente.

En la etapa de identificación se profundiza el conocimiento sobre los bienes culturales seleccionados, por medio de llenado de un conjunto de formularios. En esta fase se realiza la descripción sistemática y a la tipificación de esos bienes ; el mapeado de las relaciones entre los ítems identificados y otros bienes y prácticas relevantes; la identificación de los aspectos básicos de sus procesos de formación, ejecutantes , maestros, aprendices, y público, así como la identificación de las condiciones materiales de producción del bien cultural , como materias primas, acceso a ellas, recursos financieros envueltos, comercialización , distribución , etc.

El último nivel de abordaje corresponde a la Documentación o al recojo de documentos sobre el bien y a la realización de grabaciones audiovisuales suficientes para su caracterización.

Hasta el momento, ocho inventarios fueron concluidos por el Iphan, por intermedio de sus Superintendencias Regionales y del Centro Regional del Folklore y Cultura Popular. Otros 33 se encuentran en curso en varios estados del país, de los cuales cinco en sociedad con otras instituciones (ver lista anexa) Además de esos inventarios realizados con base en la metodología del INRC, 16 otras iniciativas del género, encaminadas por organizaciones no gubernamentales e investigadores independientes , ya cuentan con patrocinio por medio de la ley nº 8.313/91.

Salvaguardia y sustentabilidad

La *preservación* de bienes culturales inmateriales se desenvuelve, básicamente según tres ejes : el de las acciones de inventario y registro ;el que trata de la implementación de acciones de promoción y de apoyo a la continuidad de la expresión cultural y lo que dice respecto a la protección de derechos colectivos o difusos vinculados a ese patrimonio .

Las acciones de promoción y apoyo a la transmisión de conocimientos, las acciones dirigidas para la divulgación de esos bienes, para la facilitación de acceso a materias primas, o todavía, para la ampliación de públicos y mercados. El sistema organizado por el gobierno brasilero vincula ese tipo de acción de salvaguardia al reconocimiento de la manifestación como patrimonio cultural y al conocimiento producido sobre

ella durante los trabajos de inventario y Registro. Ese conocimiento , que abarca ni apenas el bien cultural en sí , mas todo el contexto social , económico y cultural en que ocurre , y , en último análisis , lo que permite identificar , con precisión , la forma de apoyo mas adecuada y capaz de promover la preservación del bien . La idea central es favorecer la continuidad de esas expresiones de forma sustentada, a partir de una intervención de apoyo cuidadosa, y sobretodo, discreta por parte del Estado. Esta directriz general organiza los Planos de Acción que vienen siendo desarrollados en el ámbito del Iphan para los bienes ya registrados, así como para bienes inventariados que se encuentran en situación de riesgo de extinción.

La apropiación o la comercialización indebida de conocimientos y de patrones artesanales ; la modificación de productos tradicionales para comercialización y consumo rápidos ; la disgregación de contextos culturales debido a impactos generados por migraciones , problemas económicos , por un turismo no planeado o por la implantación de grandes emprendimientos son algunas de las principales amenazas que pesan sobre el patrimonio cultural inmaterial . Entre ellas, la falta de disposiciones legales que protejan, de modo amplio, conocimientos tradicionales contra el mal uso o exploración económica y , sin duda , uno de los aspectos mas importantes , no solo en términos nacionales como internacionales.

El Registro instituido por el Decreto nº 3.551/00 , como visto , crea para el Estado la obligación de producir conocimiento sobre bienes culturales sobre bienes culturales de naturaleza inmaterial , de promover el

reconocimiento de esos bienes como patrimonio del país y de desarrollar acciones de apoyo a su continuidad , mas no garantiza la protección de derechos colectivos de imagen , de propiedad intelectual u otros derechos difusos asociados a esos bienes .En la medida en que ese patrimonio , de hecho , tiene valor económico y , aun ante la piratería que algunas comunidades tradicionales vienen sufriendo sin obtener ningún reconocimiento de autoría o retorno económico , el Iphan y el Ministerio de la Cultura están desarrollando estudios para la institución de mecanismos legales de protección a los derechos colectivos relacionados a esos bienes . En lo que concierne a los conocimientos tradicionales vinculados a la protección de nuestra biodiversidad , el Consejo de Gestión del Patrimonio Genético – CGEN , del Ministerio del Medio Ambiente – con base en la medida Medida Provisoria nº 2186-16- tiene controlado el acceso a esos conocimientos , mediante la firma de Términos de Anuencia Previa por parte de las comunidades detentadoras y el establecimiento de Contratos de Repartición de Beneficios entre esas comunidades y aquellas que podrán obtener ganancias a partir del uso autorizado de conocimientos tradicionales .

Ratificación de la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial

El gobierno brasilero considera la *Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial*, de 17 de octubre del 2003, un importante instrumento para la promoción de la preservación de ese patrimonio en le plano internacional.

El Brasil desempeñó importante papel en la elaboración de la propuesta que resultó en esa Convención y, por eso, se empeña en su ratificación. Los Ministerios de las Relaciones Exteriores y de la Cultura encaminaron, en el 2004, a la Presidencia de la República un proyecto de Mensajes al Congreso Nacional, en la cual se defiende esa posición. Ya encaminada por el Presidente de la República al parlamento, este mensaje encuentra tramitación. Se espera que el acto de ratificación sea realizado en breve.

